نهاية المطلب

في دراية المذهب

للإمام الحرمين

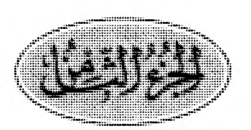
عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني

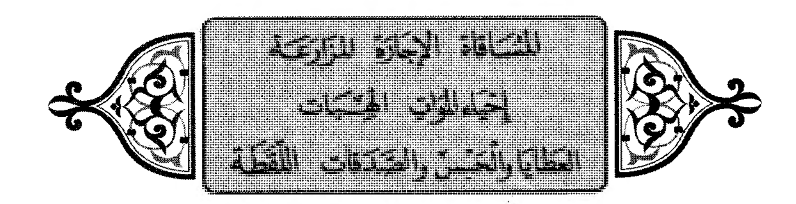
رحمه الله تعالى

(٤١٩-٤٧٨هـ)

حققه وصنع فهارسه

أ.د. عبد العظيم محمود الدّيب









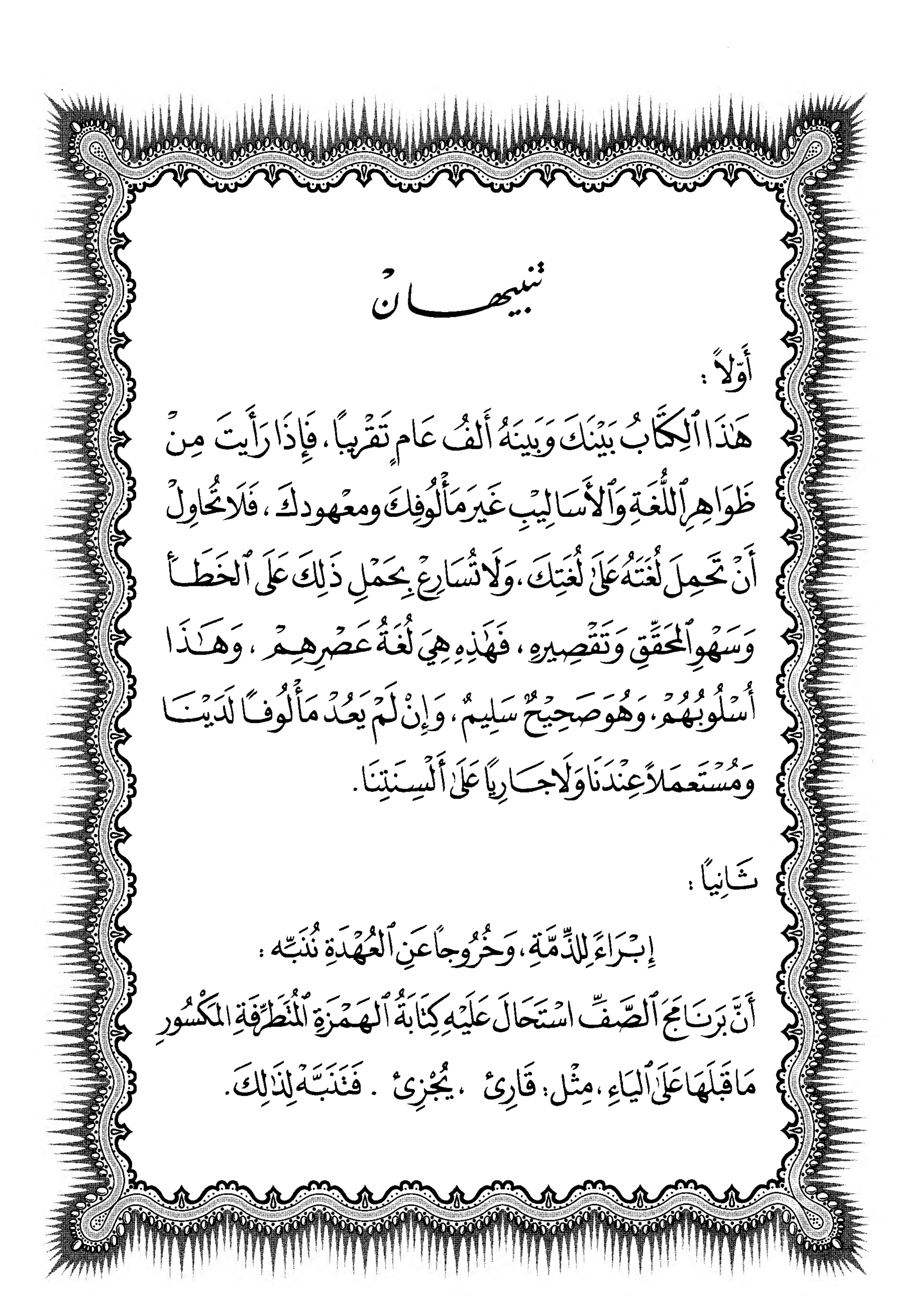
الطبعة الأولىٰ

١٤٢٨هـ ـ ٢٠٠٧م



جدة ـ هاتف رئيسي ٦٣٢٦٦٦٦ ـ فاكس ٦٣٢٠٣٩٢

الإدارة ٦٣١١٧١٠ ـ المكتبة ٦٣٢٢٤٧١



تنبيهان

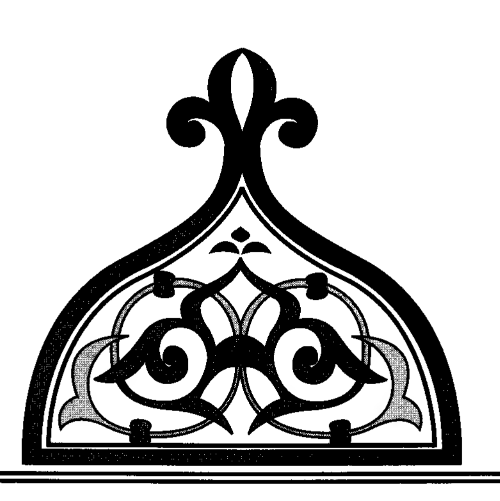
أولاً :

هٰذا الكتابُ بينكَ وبينهُ ألفُ عامٍ تقريباً، فإذا رأيتَ منْ ظواهرِ اللغةِ والأساليبِ غيرَ مألوفكَ ومعهودكَ ، فلا تحاولْ أنْ تحملَ لغتهُ على لغتكَ ، ولا تسارعْ بحملِ ذلكَ على الخطأ وسهوِ المحقّقِ وتقصيرِهِ ، فهٰذهِ هيَ لغةُ عصرِهِمْ ، وهٰذا أسلوبُهُمْ ، وهوَ صحيحٌ سليمٌ ، وإنْ لمْ يعدْ مألوفاً لدينا ومستعملاً عندنا ولا جارياً على ألسنتِنا .

ثانياً :

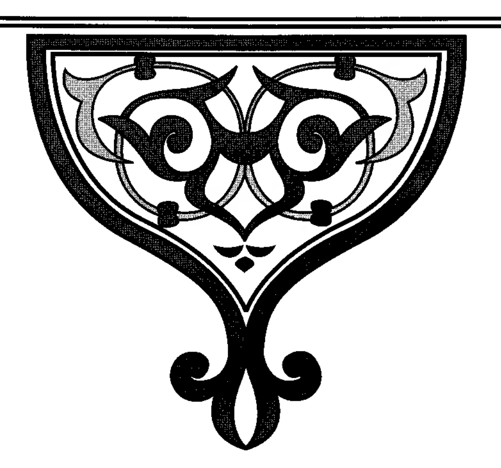
إبراءً للذّمّةِ ، وخروجاً عنِ العهدةِ نُنبّه :

أنَّ برنامجَ الصّفِّ استحالَ عليهِ كتابةُ الهمزةِ المتطرّفةِ المكسورِ ماقبلَها على الياءِ ، مثل: قارئ ، يجزئ . فتنبّه لذلكَ .



وَمَنْ أَرادَ أَخْذَ ٱلمذْهَبِ مِنْ حِفْظِ ٱلصُّوَرِ، اضْطربَ علَيْهِ فِي أَمْثَالِ هَٰذِهِ ٱلْفُصُولِ، وَمَن تلقَّاهُ مِن مَعْرِفَةِ ٱلأُصُولِ، اسْتَهَانَ بِدَرْكِ هَٰذِهِ ٱلْفُصُولِ.

الإمام
في نهاية المطلب



كتاب المساقاة

٤٩٨٦ـ المساقاة : أن يعامل مالكُ النخيل والكروم من يحسن العملَ فيها ، ليقوم بسقيها ، وتعهدها ، ويشترط للعامل جزاء معلوماً مما يخرج من الثمر .

وهٰذه المعاملة جائزة عندنا، خلافاً **لأبي حنيفة**(١) ، ومعتمد **الشافعي** في جوازها ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما فتح خيبر ، واقتسم بساتينها بين الغانمين وأجلىٰ أهلَ خيبر عنها ، فجاؤوا مستأمنين ، فقالوا : نحن أعرف بالنخيل منكم ، فأعطونا ، نكفكم ، فساقاهم رسولُ الله صلى الله عليه وسلم علىٰ شَطر ما يخرج منها من ثمر وزرع ، وقال : « أقرّكم ما أقرّكم الله تعالىٰ »(٢) وإنما قال صلى الله عليه وسلم ذلك ؛ لأن اليهود كانت لا ترى النسخ ، فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم أساس المعاملة علىٰ تجويزه ، وأنبأهم أنه إن نُسخ ، حَكَم بغير حكم المعاملة، ومثل هٰذا الشرط جائزٌ لرسول الله صلى الله عليه وسلم ؛ لأن الشرع كان عرضة [التغايير](٣) في زمنه ، ومثل هٰذا التردد لا يسوغ منا . ثم لما أدركت الثمار ، **بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم عبد الله بن رواحة إليهم خارصاً ، فلما نَذِرُوا**(٤) **بقدومه ، استقبلوه بحلي نسائهم ، وأرادوا أن يخدعوه ،** فقال رضي الله عنه : **هٰذا سحتٌ في ديننا ، فلما أيسوا من هٰذه الجهة ، أرادوا أن يستدرجوه بالكلام ،** فقالوا : **أنت ابنُ أختنا ، وإنما قالوا ذلك ، لأن أمه كانت خيبرية ،** وقالوا: **أنتَ أحب من قدم إلينا من هٰذه الجهة ،** فقال

(١) المساقاة ومثلها المزارعة ، لا يجيزها أبو حنيفة ، وزفر ، وأجازها أبو يوسف، ومحمد بن الحسن . ر . حاشية ابن عابدين : ٥/ ١٨١ وما بعدها ، مختصر اختلاف العلماء : ٤/ ٢١ـ مسألة : ١٦٨٥ ـ وما بعدها .

(٢) حديث مساقاة أهل خيبر ، متفق عليه من حديث عبد الله بن عمر ، رواه البخاري : المزارعة، باب المزارعة بالشرط ونحوه، ح ٢٣٢٨ ، ومسلم: المساقاة والمزارعة، باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع، ح ١٥٥١ ، وانظر التلخيص : ٣/ ١٣٠ ح ١٣٠٧ ، ١٣٠٨ .

(٣) في الأصل : المغايير ، وفي (ي) الغايير . والمثبت من (هـ٣) .

(٤) نذروا : علموا ، وزناً ومعنىٰ . (المعجم) .

رضي الله عنه : أما أنا فقد قدمت من عند رجلٍ هو أحب إليَّ من نفسي التي بين جنبي ، علىٰ قومٍ هم أبغض إليَّ من القردة والخنازير ، فقالوا : إذاً لا يمكنك أن تعدل بيننا ، فقال : أما حبي إياه لا[1] يحملني على الميل إليه ، وبُغضي إياكم لا يحملني على الحيفِ عليكم ، فخرص عليهم مائة ألف وَسق ، فقالوا : أجحفت بنا يا بن رواحة ، فقال : إن شئتم ، فلكم ، وإن شئتم/ فلي ، معناه : إن شئتم سلمتُ الجميع إليكم ، وتضمنون نصيب المساكين ، وإن شئتم سلمتم الجميع إليّ ، وأضمن لكم نصيبكم ، فقالوا : هٰذا هو العدل الذي قامت به السموات والأرض . قيل : لما رفعت تلك الثمار ، لم ينتقص مما كان قال بعشرة أوسق .

ش ٩٩

ولأصحاب أبي حنيفة رضي الله عنه أسئلة وعنها أجوبة مذكورة في الخلاف .

٤٩٨٧ـ وأول ما نرىٰ تصديرَ الكتاب به ذكر أربعة عقودٍ متقاربة في الصور مختلفةٍ في الحكم ، يصح من جملتها عقدان ويفسد عقدان : وهي **المقارضة** ، **والمساقاة** ، **والمزارعة** ، **والمخابرة** ، أما القراض ، فقد وضح القول فيه ، **والمساقاة صحيحة** ، وقد عبرنا عن تصويرها ، وسيأتي تفصيل أركانها، إن شاء الله عز وجل .

والمزارعة ، **والمخابرة** عقدان فاسدان . أما **المزارعة** فهي أن يعامل مالك الأرض رجلاً علىٰ أن يزرعها ببذرٍ لرب الأرض ، وللعامل بعض ما يخرج منها ، وهي استئجار الزراع ببعض ما يخرج من الزرع ، فالمعاملة فاسدة .

والمخابرة أن يدفع الأرض إليه ليزرعها ببذر نفسه علىٰ جزء من الزرع يشرطه المالك للأرض . والعبارة عن المخابرة إنها استئجار الأرض ببعض ما يخرج منها .

قال **الشافعي** رضي الله عنه : لم نردّ إحدىٰ سنتيه بالأخرىٰ . أشار إلىٰ أن القياسَ التسويةُ بين المساقاة والمزارعة في الجواز والمنع ، ولٰكن السنة فرقت بينهما ووردت بتجويز المساقاة وبالمنع من المخابرة . روي عن **ابن عمر** رضي الله عنه قال : كنا نخابر أربعين سنة لا نرىٰ بذلك بأساً ، حتىٰ ورد علينا رافعُ بنُ خَديج فأخبرنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهىٰ عن المخابرة فتركناها بقول رافع[2] . واستدل بعض الفقهاء

(١) جواب (أما) بدون الفاء.

(٢) حديث رافع بن خديج في النهي عن المخابرة، رواه الشافعي (ترتيب مسند الشافعي) ٢/ ١٣٦ ، =

بهٰذا الحديث علىٰ أن الأمر لا يلزم المأمور قبل اتصال الأمر به.

فهٰذا صورة هٰذه العقود.

٤٩٨٨ـ ثم قال **العلماء : المساقاة** تنزع إلىٰ عقود، وتشبهها في أحكام : هي شبيهة بالسَّلَم، من حيث إن العامل يلتزم العمل في الذمة، ولا تبطل بموت العامل، وتشبه بيعَ العين [الغائبة][1] ؛ إذ لا يجب فيها تسليم العوض في المجلس، بل لا سبيل إلىٰ ذلك ؛ فإن عوض العمل جزء من الثمار التي سيخلقها الله تعالىٰ، وهي شبيهة بالإجارات ؛ إذ المقصود منها العمل، وهي على الجملة معاملةٌ مستقلة بنفسها، ذاتُ خاصية، كما سيأتي شرح أحكامها، إن شاء الله تعالىٰ.

ثم الكلام في ذكرها، وتمهيد قضاياها الجُملية يتعلق **بفصول** : منها في ذكر محلها، ومنها في ذكر وقتها، ومنها في ذكر أركانها في نفسها.

٤٩٨٩ـ فأما محلها، فلا خلاف أنها تصح في النخيل والكروم، واختلف قول **الشافعي** في أنها هل تجري في غير النخيل والكروم من الأشجار ؟ ففي المسألة **قولان مشهوران** : **أحدهما**ـ أنها تختص ؛ فإنها معاملة غيرُ مُنْقاسة، وقد ورد الشرع بها في النخيل، واتفق العلماء علىٰ أن الكروم في معنى النخيل، كما اتفقوا علىٰ أن الأَمَة في معنى العبد/ في قوله صلى الله عليه وسلم : « **من أعتق شِركاً له من عبد قُوّم عليه** ». ١٠٠ ي

والقول الثاني ـ أنها تصح علىٰ جميع الأشجار المثمرة ؛ فإن مبنى المعاملة علىٰ مسيس الحاجة ؛ إذْ مُلاك الأشجار يعجزون عن القيام بتعهد الأشجار، فأثبت الشارع هٰذه المعاملة، وأثبت حقَّ العامل في جزء من الثمار، حتىٰ يحرص ويبذل المجهودَ في التعهد، والتفقّد، كما ذكرناه في عامل القراض، وهٰذا المعنىٰ يعم الأشجار.

= ح ٤٤٧ ، ومعناه متفق عليه من حديث جابر : البخاري: المساقاة، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل، ح ٢٣٨١ ، ومسلم: البيوع، باب النهي عن المحاقلة...ح ١٥٣٦ ، الرقم الخاص ٨١ ، وأبو داود من حديث زيد بن ثابت: البيوع، باب في المخابرة، ح ٣٤٠٧ ، وانظر تلخيص الحبير : ٣/ ١٣٠ ح١٣٠٩ ، ١٣١٠ .

(١) ساقطة من الأصل .

وقد رأىٰ بعضُ أصحابنا [بناءَ][١] القولين علىٰ أن الخرصَ هل يجري فيما عدا النخيل والكروم ، وسنذكر الخرص وأثره في هـٰذه المعاملة .

فإن فرعنا علىٰ قول الاختصاص ، فقد ذكر **الشيخ أبو علي** وجهين في شجر المُقل[٢] وسبب ذلك أنها شديدة الشبه بالنخيل ، وثمرتها بارزة بروز العناقيد .

وإن قلنا بتصحيح المساقاة علىٰ سائر الأشجار المثمرة ، فقد ذكر **الشيخ أبو علي** علىٰ هـٰذا القول وجهين في شجر الخِلاف ، وشجر الفرصاد[٣] ، أما شجر الخلاف ، [فرَيْعُها][٤] أغصانُها تُقطع ، ثم تُخلف ، وأما شجرُ الفرصاد ، فالمقصود منها الأوراق ، ووجه التردد أن الأشجار المثمرة علىٰ حالٍ يقرب من النخيل والكروم . وما لا يثمر ، وإن كان يستفاد منه الأغصان والأوراق ، يبعد بعداً ظاهراً .

ولا خلاف في منع المعاملة على البقول التي تبقىٰ أصولُها في الأرض فتخلف علىٰ تردد الجزّ ، وليست الجَزّاتُ منها كأغصان الخلاف ، وأوراق الفرصاد .

هـٰذا تفصيل القول فيما يصح إيرادُ هـٰذه المعاملةِ عليه .

٤٩٩٠ـ فأما الكلام في الوقت الذي تُبْتدأ [فيه][٥] هـٰذه المعاملة :

إذا جرت المساقاة قبل ظهور الثمر ، صحت ، وكانت مصادِفةً وقت الوفاق .

فلو خرجت الثمرةُ ، ولـٰكن لم يبدُ الصلاحُ فيها بعدُ ، ففي صحة المساقاة بعد خروج الثمار قبل بدوّ الصلاح **قولان** : المنصوص عليه في **الجديد** أنها صحيحة ، والمنصوص عليه في **القديم** أن المساقاة فاسدة .

التوجيه : من قال بالفساد ، احتج بأن الثمار حدثت ملكاً لرب الأشجار ، فإثبات المعاملة يتضمن ربطَ استحقاق العامل بملكٍ [حاضر][٦] لرب الأشجار ، وهـٰذا يناقض

---

(١) ساقطة من الأصل .
(٢) المُقل بضم الميم : حَمْلُ الدَّوْم وهو يشبه النخل . (المصباح والمعجم) .
(٣) (ي) ، (هـ٣) : التوت . وهو الفرصاد بعينه ، كما سيأتي في السطر التالي .
(٤) في الأصل : من نفسها (وهو تحريف عجيب) .
(٥) ساقطة من الأصل .
(٦) في الأصل : خاص .

موضوع المعاملة ؛ فإن مبناها علىٰ تعليق استحقاق العامل بما سيكون ، فالثمار في الأشجار بمثابة الربح في معاملة القراض .

ومن قال بالصحة ، قال[(١)] : المقصود العمل على النخيل بما يُصلح ثمارها ، وكُثْرُ العمل باقٍ إذا لم يبدُ الصلاح بعدُ ، وقال **الشافعي في الجديد** : إذا صحت المساقاة قبل وجود الثمار ، فهي بعد وجودها أَجْوَزُ ، وعن الغرر أبعد .

وحقيقة القولين تؤول إلىٰ أنا في قولٍ نشترط أن يكون حدوث الثمار على الحقَّيْن ، وإنما يتحقق هـٰذا إذا جرت المساقاة قبل حدوثها .

وفي القول الثاني لا يشترط هـٰذا ، وإنما يُنظر إلىٰ بقاء وقت[(٢)] العمل .

وما ذكرناه فيه إذا جرت المساقاة بعد وجود الثمار ، قبل بُدوّ الصلاح ، وأما إذا بدا الصلاح في الثمار ، فيترتب ذلك علىٰ ما قبل بدوّ الصلاح ؛ فإن منعنا المساقاة/ قبل بدو الصلاح ، فلأن نمنعها بعد بدوّ الصلاح أولىٰ . ١٠٠ ش

وإن جوزناها قبل بدوّ الصلاح ، ففي جواز إنشائها بعد [بدوّ][(٣)] الصلاح **وجهان** : **أحدهما** ـ أن المساقاة لا تصح ؛ لأن معظم الأعمال على الأشجار تكون [فائتة][(٤)] في هـٰذا الوقت .

ولا خلاف أن الثمار إذا دنا قطافُها ، لم يجز ابتداء المساقاة .

٤٩٩١ـ والمعنى المعتبر في الباب أنا على القول **القديم** نشترط أن يكون وجود الثمار بعد لزوم المعاملة ، لتوجد وتحدث على الحقّيْن . وفي القول **الجديد** نعتبر العمل ، ثم ذكرنا مرتبتين إحداهما قبل بدو الصلاح ، والأخرىٰ بعد بدوّ الصلاح ، ثم جوزنا إنشاء المساقاة قبل بدو الصلاح ، لبقاء معظم العمل ، وذكرنا خلافاً على القول **الجديد** بعد بدوّ الصلاح ، لفوات معظم الأعمال ، والمرعي في القول **الجديد** العملُ وبقاءُ مدته . ثم يُشترط أن يبقىٰ عملٌ له أثر في الثمار ، فإن بقي إلى الإرطاب وأوان

---

(١) (ي) ، (هـ٣) : تمسك بأن المقصود .
(٢) (ي) ، (هـ٣) : تفاوت العمل .
(٣) في الأصل : وجود الصلاح .
(٤) في الأصل : فائدته .

القطاف أيامٌ لٰكن [لو فرض][(١)] عمل فيها لم تتأثر الثمار بها ، فلا يصح ابتداء المساقاة ، والحالة هٰذه .

ولا ينظر إلى انتفاع الأشجار وتأثيرها بتلك الأعمال ، وإنما ينظر إلىٰ تأثر الثمار . فليفهم الناظر ذلك .

فإن قيل : لم تذكروا في المراتب التي نظمتموها التأبير في الثمار ؟ قلنا : لا أثر للتأبير في الحكم الذي نبغيه ، وإنما الأثر لبدوّ الصلاح وعدم بدوّه، وتأثيرُ التأبير في الخروج عن تبعية الأشجار في البيع المطلق .

هٰذا تمام البيان في الأوقات التي تُنشأ فيها المساقاة، مع ذكر الخلاف والوفاق في النفي والإثبات .

٤٩٩٢ـ فإذا نجز ذلك ، فالقول بعده في أركان المساقاة ، فنقول :

المساقاة مضاهية للقراض في المقصود ، والتعلق [بالمفقود][(٢)] ، واحتمال الجهالة في العوض .

وبيان ذلك : أن القراض مقصودُه حملُ عاملٍ على الاسترباح ؛ إذْ قد لا يحسنه ملاكُ الأموال ثم تعلّق القراض بالفائدة المنتظرة، كذلك مقصودُ المساقاة قيامُ من يحسن العملَ على الأشجار به ؛ إذْ يغلب في الناس عدمُ الدراية بكيفية العمل على الأشجار ، وجهة الاستثمار ، ثم تعلق غرضُ العامل بالفائدة التي ستظهر ، أو ستكمُل ، كما مضىٰ تفصيل ذلك ، ثم يستحق العامل جزءاً من الثمار ، وهي غيب أصلاً ، وقدراً ، كالأرباح في معاملة القراض . هٰذا وجه تشابه المعاملتين .

ثم المساقاة تمتاز عن المقارضة **بأمرين متقاربين** : **أحدهما** ـ أن التأقيت شرطٌ في المساقاة/ ، كما سنفصله ، ووضعُ القراض على الإطلاق ، وقد يكون التأقيت مفسداً له ، على التفصيل الذي مضىٰ ، هٰذا أحد الوجهين . ي ١٠١

والوجه الثاني ـ أن المساقاة معاملةٌ لازمةٌ ، إذا عُقدت ، وتمت ، لم يتخير

---

(١) ساقط من الأصل .

(٢) في الأصل : بالمعقود .

المالك ، ولا العامل في الانفراد بالفسخ . والمقارضةُ جائزةٌ ، وسبب الفرق بينهما في التأقيت والإطلاق ، أن الأعمالَ المقصودةَ المؤثرةَ في الثمار مضبوطةٌ في الأوقات ، يعرفها الدهاقنة[١] ، وأهل الخبرة . وإذا كانت متأقتةً فتأقيتها في العقد إعلامٌ مطابق لمقصود العقد ، فكان مرعيّاً .

والأمر في الأرباح على الضِّد من ذلك ؛ فإنه ليس لتحصيل الأرباح وقتٌ يتخيّر[٢] يُطلب إعلامه ، فاقتضىٰ ذلك الإطلاقَ في العقد .

ومن هٰذا المنشأ أخذنا افتراق المعاملتين في اللزوم والجواز ؛ فإن القراض إذا استرسل على الزمان ، فلو اتّصَف باللزوم ، لكان عقداً مؤبداً ، لا محيص عنه ، وهٰذا غير محتملٍ في المعاملات ، وإنما احتمله الشرع في النكاح ؛ لأن مصالحه تتعلق باللزوم والدوام ، ثم الشارعُ أثبت فيه حلاًّ[٣] للملك متعلقاً بمقصود صاحب الحق ، وهو الطلاق .

ولما تأقتت المساقاةُ، لاق بها الحكم باللزوم ؛ فإنها إلى الانقضاء . هٰذا بيان وضع المساقاة .

٤٩٩٣- ثم نقول بعد ذلك: المساقاة تستدعي أركاناً: منها ضربُ المدة، ثم ذكر [الإمام][٤] في مدة المساقاة اختلافاً بين الأصحاب، فقال : منهم قال : ينبغي أن تكون مدة المساقاة كمدة الإجارة، فليقع تقديرها بالسنين والأشهر والأيام، كما تقدّر مُدد الإجارات، والآجال في البياعات، وهٰذا القائل لا يصحح المساقاة بذكر سنة إدراك الثمار؛ فإنّ الوقت في ذلك يتفاوت، فقد يستأخر إدراكُ الثمار لبرد الهواء، وكثرة [الأنداء][٥]، وقد يتقدم إدراكها بنقيض ذلك ، فالإحالة علىٰ مدّة الإدراك إحالةٌ علىٰ مجهول .

---

(١) الدهاقنة : جمع دُِهقان (بالضم والكسر) : القوي القادر على التصرف مع شدة خبرة . (المعجم).
(٢) (ي) ، (هـ٣) : يتخيل ويطلب .
(٣) (ي) ، (هـ٣) : حدّاً للمالك .
(٤) في الأصل : الإتمام . (وهو من غرائب التصحيف) والإمام يعني به والدَه : أبا محمد الجويني .
(٥) في الأصل : الأنواء .

والوجه الثاني ـ أنه لا يشترط في المساقاة ضربُ مدة الإجارة ، ولـٰكن لو ضُربت فيها مدة الإدراك ، كفىٰ ، وذلك بأن يقول : ساقيتك لتعمل إلىٰ صرام النخيل ؛ وذلك أنّ الغرض من المعاملة تحصيلُ هـٰذا المقصود ، والسعيُ في تتمته[١] ، وهـٰذا يحصل بما ذكرناه . ثم هـٰذا القائل لا يمنع تأقيت المساقاة بمدة الإجارة ، ولـٰكن يشترط ضربَ مدة يجري فيها إدراكُ الثمار لا محالة ، إن لم تفسدها [الجوائح][٢] .

ثم إن شرطنا الإعلامَ بالسنة والشهور ، كما في الإجارة والأجل ، فلا كلام ، وإن صححنا هـٰذه المعاملة/ بناءً علىٰ إدراك الثمار ، فلو قال رب الأشجار : ساقيتك سنةً، والتفريع علىٰ أن المعاملة تكتفي بسنة الإدراك . فالسنة المطلقةُ محمولةٌ علىٰ ماذا ؟ فعلىٰ وجهين : **أحدهما** ـ أنها محمولة على السنة العربية . **والثاني** ـ أنها محمولة علىٰ سنة الإدراك .

ش ١٠١

وسيكون لنا التفات علىٰ تفريع الوقت مرة أخرىٰ ، إذا خُضْنا في بيان الأعمال المطلوبة من العامل المساقَىٰ .

هـٰذا مقدار غرضنا الآن في ذكر المدة .

٤٩٩٤ـ ولو اختار مالكُ الأشجار طريقَ الاستئجار على الأعمال ، جاز ؛ إذا كانت الأعمالُ معلومةً ، ويتعين إذ ذاك [الإعلامُ][٣] بمدة الإجارة ، وليكن الأجرُ من غير الثمار إذا أنشئت المعاملةُ علىٰ صيغة الإجارة وحقيقتها . ولو قال : استأجرتُك ، وذكر إعلاماً في المدة يصلح للبابَيْن ، ولـٰكنه أثبت للعامل جزءاً من الثمار ، فالمذهب فساد الإجارة . ومن أصحابنا من قال : لا ننظر إلى اللفظ وننظر إلى المعنىٰ ، ولا يبعد استعمال لفظ الإجارة في معاملة المساقاة . وقد قدمنا لذلك نظائر . وسنعود إلىٰ هـٰذا، إن شاء الله .

وقد انقضى الآن ما نطلبه في هـٰذا الركن ، وهو التعرض لإعلام المدة .

---

(١) (ي) ، (هـ٣) : تنميته .
(٢) في الأصل : الحوائج .
(٣) الأعمال .

٤٩٩٥ـ ومن أركان المعاملة ربطُها بجزءٍ من الثمار ، كما ذكرناه في المقارضة ، فإن وقع التوافق علىٰ غير الثمار ، بأن سمىٰ له دراهمَ معلومةً ، أوْ ما في معناها ، فقد خرجت المعاملةُ عن وضعها ، والنظرُ بعد ذلك في استجماع ما جرىٰ لشرائط الاستئجار .

ولو أراد عقد الإجارة بلفظ المساقاة ، ففيه التردد الذي ذكرناه في عقد المساقاة بلفظ الإجارة .

فإذا تبين أن المساقاة تتعلق بجزءٍ من الثمار ، فلا بدّ من إعلامٍ بالجزئية ، كما قدمناه في إعلام جزئية الربح في القراض ، ويفسد إعلامُ الجزئية باستثناءٍ مُقَدَّرٍ منها ، كما يفسد القراض بمثل ذلك ، حتىٰ لو قال رب الأشجار : صاعٌ من الثمار لي ، والباقي منها مقسوم بيننا نصفين ، أو ثلثاً وثلثين ، أو علىٰ ما يتفقان عليه ، فهـٰذا باطل ؛ (1 فإن الثمار مغيبةٌ 1) ، فربما لا يوجد أكثر من صاع ، فيكون هـٰذا بمثابة ما لو شرط أن يكون كلُّ الثمار له ، وهـٰذا ممتنع ، كنظيره من القراض .

ولو شرط جملة الثمار للعامل ، ولم يستبق لنفسه شيئاً ، فالمعاملة فاسدةٌ أيضاً . وتفترق المساقاة والقراض عند إضافة جملة الثمار إلىٰ إحدى الجهتين على الوجه الذي ذكرناه في القراض .

فإن قيل : [إن][2] كان لا يظهر في القراض غرض مالي في صرف جميع الربح إلى العامل ، ويفسد القراض لأجله ، فقد يقصد ربُّ الأشجار تنمية الأشجار ، ويرىٰ أن يجعل/ الثمار في المدة في مقابلة الأعمال المنمِّية للأشجار . ١٠٢ ي

قلنا : لسنا ننكر كَوْنَ ذلك مقصوداً في مطرد العرف ، ولـٰكن الشرعَ وضع هـٰذه المعاملةَ ، واحتمل ما فيها من الجهالة لتحصيل الثمار ، ولهـٰذا تكون أعمالُ المساقىٰ مؤثرةً في تنمية الثمار ، وليس عليه كلُّ عمل يفرض ويقدَّر في البستان ، وإنما يمتاز عمله بما ذكرناه من تأثيره في الثمار ، علىٰ ما سنصف ذلك من بعدُ ، إن شاء الله .

وبالجملة كل معاملة تشتمل علىٰ جهالة ، وقد ظهر احتمال الشرع لها ، فهي

---

(١) ما بين القوسين سقط من (ي) ، (هـ٣) .

(٢) في الأصل : إنه .

مخصوصة بمورد الشريعة لا تتعداه . وقد نجز بيان هـٰذا الركن .

٤٩٩٦ـ ومما يتعلق بهـٰذه المعاملةِ علىٰ مناظرة القراض ، القولُ في انفراد العامل باليد ، وامتناعِ مداخلة المالك ، وهـٰذا يأتي مستقصىً في أثناء الكتاب بما فيه من وفاقٍ وخلافٍ ، و[عند][1] ذلك نذكر ما لو شرط ربُّ الأشجار أن يعمل مع المساقَىٰ غلامُ المالك .

٤٩٩٦/م ـ ولسنا نذكر ما يُشترط في المساقاة ، وفي غيرها من المعاملات ، كالإيجاب والقبول ونحوه . [وإنما][2] نشير إلىٰ جمل القول في خصائصها .

ومما يتعين ذكره في هـٰذا المنتهىٰ : أنه لو لم يذكر لفظَ المساقاة ، وذكر مقصودَها ، فلا بأس، مثل أن يقول : خذ هـٰذه النخيل ، واعمل فيها كذا وكذا ، ولك الثلث من ثمارها ، فالمعاملة تصح بهـٰذه الصيغة ، كما تصح[3] المقارضة بمثلها .

قال القاضي[4] : « قد ذكرنا أن مقصود القراض إذا ذكر علىٰ هـٰذه الصيغة ، فلا حاجة إلىٰ قبول العامل لفظاً ، وليس الأمر كذلك في المساقاة ؛ فإن القبول لا بد منه هاهنا ؛ إذ المساقاة [معاملة][5] لازمة ، فيبعد ثبوتُها على اللزوم من غير التزام بالقبول ، وليس كذلك القراض ؛ فإنه من المعاملات الجائزة ، فناظر التوكيلَ بالبيع ، والأمرَ به » .

وهـٰذا الذي ذكره في المساقاة صحيح ، لا كلام فيه ، وما قدمه في القراض، فليس هو مساعداً عليه ، وقد أوضحنا في ذلك ما يُقنع ويكفي .

فهـٰذا آخر غرضنا من عقد الجُمل في وصف المعاملة ، وذكر تراجم أركانها .

٤٩٩٧ـ والذي يليق بهـٰذا المنتهىٰ ذكرُ الخَرْص ، وقد قدمنا في كتاب الزكاة جريانَ

(١) في الأصل : وبعد .
(٢) ساقطة من الأصل .
(٣) في الأصل : تصح هـٰذه المقارضة .
(٤) «قال القاضي» سقط من : (ي)، (هـ ٣).
(٥) ساقطة من الأصل .

الخرص على الملاك لحقوق المساكين ، وذكرنا اختلافَ القول في أن الخرص عبرةٌ فيها ، أو تضمين ، وفرَّعنا علىٰ كل قول ما يليق به . ولو [رام][1] ربُّ الأشجار أن يخرص الثمارَ على العامل ، فهل للخرص أثر في ذلك ؟ اختلف أصحابنا فيه : فمنهم من قال : لا أثر له ، وإنما وقع الحكم به في الزكاة توقيفاً ، وإلا فهو تخمين ، وحدسٌ ، ورجمُ ظنٍّ .

ومن أصحابنا من قال : يثبت حكم الخرص هاهنا ، كما يثبت في حقوق المساكين . وهـٰذا القائل احتج بحديث عبد الله بن رواحة ؛ فإنه خرص علىٰ أهل/ خيبر ثمار النخيل ، ولا يمكن حملُ خَرصه علىٰ حقوق المساكين ، فإنهم ما كانوا ملاك الثمار ، والخرصُ في الزكاة علىٰ ملاك الثمار ، لا على العاملين فيها . ١٠٢ ش

ومن أصحابنا من قال : إنما جرىٰ ذلك الخرص؛ لأن المعاملة كانت مع الكفار ، ونحن قد نحتمل في المعاملة مع المشركين ، ما لا نحتمله في المعاملة مع غيرهم . وهـٰذا غيرُ سديد ؛ فإنا إنما نفرق بين المسلم وبين الكافر فيما يتعلق بالموادعة ، والعهود ، والمواثيق ، فأما المعاملات الخاصة المتعلقة بالأموال ، فلا ينبغي أن يقع فيها فرقٌ بين المسلم والمشرك .

ثم من أصحابنا من خرّج القولين في جواز المساقاة علىٰ ما عدا الكروم والنخيل من الأشجار على القولين في أن الخرص هل يجري في هـٰذه المعاملة ؟ وذلك لأن الخرص لا يتأتىٰ فيما عدا النخيل والكروم ؛ فإن ثمار النخيل والكروم عناقيدُ متدلّيةٌ بارزةٌ للناظرين ، فيتأتىٰ خرصُها ، وما عداها من الثمار مستترٌ بالأوراق فيعسرُ الاطلاع عليها . وهـٰذا البناءُ فيه نظر؛ لأنا وإن أثبتنا للخرص أثراً إذا جرىٰ ، فلا يُشترط إجراؤه في هـٰذه المعاملة علىٰ ما سنعيد ذكره، إن شاء الله عز وجل ـ فلا معنىٰ لأخذ اختلاف القول في جواز المساقاة من هـٰذا المأخذ .

---

(١) في الأصل : أزم .

فصل

قال : « وإذا ساقىٰ علىٰ نخلٍ ، وكان فيه بياضٌ . . . إلىٰ آخره »[١] .

٤٩٩٨ـ قد ذكرنا فيما قدمنا فسادَ المزارعة ، والمخابرة ، إذا جُرّدَ القصدُ إليهما ، وأُفردا ، وهـٰذا الفصلُ معقودٌ في الأراضي التي تكون في ظلّ النخيل ، ويعتاد أربابُها زراعتَها ، ثم سقيها مع النخيل .

فإذا كانت بحيث لا يتوصل إلىٰ سقي النخيل إلا بسقيها ؛ وإلى العمل على النخيل إلا بالعمل عليها ، فيجوز على الجملة المزارعةُ عليها تبعاً للنخيل في المساقاة .

والأصل في ذلك ما روّيناه **أن النبي صلى الله عليه وسلم « ساقىٰ أهل خيبر علىٰ أن لهم نصفَ الثمر والزرع »** . وهـٰذا نص في هـٰذا المقصود ، والحاجة ماسة من طريق المعنىٰ إلىٰ تجويز هـٰذه المزارعة ، ولو منعناها ، لتعطلت تلك الأراضي إذا لم تزرع ، وإن كان يزرعها المالك يتعطل عمل [المساقَىٰ][٢] عليها ، ويقع مجاناً ؛ إذ لا يتوصل إلى العمل على النخيل إلا بالعمل عليها ، وقد يجوز الشيء تبعاً ، وإن كان يمتنع ثبوتُه مقصوداً متبوعاً ، وهـٰذا كالحمل في البطن يتعلق به استحقاقُ المشتري إذا اشترى الأصلَ ، ولا يتأتىٰ فرض تملكه على الابتداء ، والثمرة قبل التَّأْبير تتبعُ الشجرةَ في مطلق البيع ، وقد لا يجوز بيعُها وحدها ، وكذلك تتبع الثمارُ الأشجارَ بعد الظهور قبل بدوّ الصلاح في أن لا يشترط القطع فيها إذا بيعت مع الأشجار ، ولو بيعت وحدها قبل بُدوّ الصلاح ، فلا بد من شرط القطع ، ونظائرُ ذلك كثير .

ي ١٠٣ فإذا تمهد هـٰذا الأصلُ ، ووضح[٣] أن المزارعة/ إذا صححناها؛ فإنّا نصححها علىٰ طريق التبعية للنخيل ، [فلو][٤] عامل المساقَىٰ على النخيل ، وعامل غيرَه على الأراضي التي في خللها ، فالمزارعة علىٰ تيك الأراضي فاسدة ؛ لأنها أثبتت مقصودة

---

(١) ر . المختصر : ٣/ ٧١ .

(٢) في الأصل : الساقي ، (ي) ، (هـ٣) : المساقاة . والمثبت تقدير منا؛ فهو أقرب لفظ لصورة الأصل.

(٣) (ي) ، (هـ٣) : وصحّ .

(٤) في الأصل : ولو .

مع عامل منفرد ، وفيه خبطٌ آخر ؛ فإن من ينفرد بقبول المزارعة لو عمل علىٰ تلك الأراضي ، لعمل على النخيل، والمساقَىٰ لو عمل على النخيل ، لعمل عليها ، فلا يتأتى انفصال الأمر في ذلك .

ولو أدرج المزارعة والمساقاة تحت عبارةٍ ، واتَّحد العاملُ ، ولم يتفاوت المقدار المشروط من الزرع والثمرة ، فهـٰذا هو الذي يصح وفاقاً، وهو أن يقول : عاملتك على النخيل والأراضي التي في خللها علىٰ أن لك النصف من الثمر والزرع ، فهـٰذا جائز لما ذكرناه .

٤٩٩٩ـ فلو اتحد العامل والمالك، ولـٰكنه أفرد المزارعة على الأراضي بعقد ، وأفرد المساقاة على النخيل بعقد ، فحاصل ما ذكره الأصحاب في ذلك **ثلاثة أوجه** :

أحدها ـ أن المزارعة فاسدة ؛ لأنها أُفردت مقصودةً بالعقد وأُخرجت عن حقيقة التبعية ، وهـٰذا هو الأقيس .

والوجه الثاني ـ أنها تصح ؛ فإن العامل إذا اتحد ، ولم يؤد إلى اختلاط العمل ، فالمقصود حاصل ، ولا أثر للإفراد والجمع .

والوجه الثالث ـ وهو أعدل الوجوه ـ أن المساقاةَ إذا تقدمت ، وثبتت المزارعةُ بعدها ، فنحكم بصحتها ؛ فإنها تدخل على المساقاة ، وتلحقها لحوقَ التابع المتبوعَ . فإذا تقدمت المزارعة ، لم تصح ؛ فإنها أُثبتت متبوعةً مقصودةً علىٰ سبيل الاستفتاح .

ويشهد لهـٰذا أن من باع الأشجار وعليها ثمارٌ مؤبرة ، فالثمار تبقىٰ لبائع الأشجار ، فلو باع الثمارَ بعد بَيْع الأشجار من مشتري الأشجار ، ففي اشتراط القطع خلاف ذكرناه في كتاب البيع . ولو باع منه الثمار أولاً ، ولم يشترط القطعَ ، وهي غيرُ مزهية ، فلو باع الأشجار ممن اشترىٰ تلك الثمار ، فبيعُ الثمار مقر علىٰ حكم البطلان .

ثم من يرىٰ تصحيح المزارعة وإن تقدمت ، فيضطر فيها إلىٰ تقدير[1] الوقف والتبيّن ؛ فإنه لو فرض الاقتصارُ على المزارعة ، فهي فاسدةٌ لا شك فيه ، فكأن المساقاة بعدها تُبيِّن صحتها . وهـٰذا فيه بُعد ، ولـٰكن أشار إليه **الشيخ أبو علي** .

---

(١) (ي) ، (هـ٣) : إلىٰ أن يقدر هـٰذا الوقف والتبين .

ولو كان لهٰذا الوجه صحةٌ وثبوتٌ ، فلا بد من طرده في مسألة بيع الثمار إذا تقدم واستأخر عنه بيع الأشجار .

٥٠٠٠ـ ومما نفرّعه في ذلك أنه لو قال المالك : زارعتك علىٰ هـٰذه الأراضي بالنصف ، وساقيتُك على النخيل بالنصف ، وقدّم لَفْظَيْه على النسق الذي ذكرناه ، علىٰ قبول العامل . ثم قال العامل : قبلتهما ، فللأصحاب **طريقان** : منهم من ألحق ذلك بمحل الصحة وجهاً واحداً .

ش١٠٣ ومنهم من ذكر في هـٰذه الصورة، اختلافاً، لتمييز المزارعة في الذكر عن/ المساقاة ، ثم يُرتِّب هـٰذا القائلُ هـٰذا الخلافَ علىٰ ما لو أفرد كل واحد منهما بعقدٍ ، وقبولٍ ، علىٰ حكم التمييز .

وقد قال **القاضي** : « لو قال : زارعتك علىٰ هـٰذه الأراضي ، وساقيتك على النخيل بالنصف ، فهـٰذا يصح وجهاً واحداً ، وإن تعدّدت العبارة عن مقصود الأراضي والنخيل ؛ إذا كان ذكرُ الجزئية بعدهما راجعةً إليهما . ومسألة التردد فيه إذا ذُكر جزئيةُ المزارعة ، ثم ذُكر المساقاة وجزئيتُها ، ثم ذكر القبول بعد ذلك » .

وهـٰذا الذي ذكره صحيح ، فلا يشترط في تصوير الوفاق أن نذكر عبارةً واحدةً صالحةً لهما ، مثل أن يقول : عاملتك ، أو ما جرىٰ هـٰذا المجرىٰ .

ولو جمع بين الأراضي والنخيل في العقد واللفظ ، ولـٰكنه غاير بين الجزئين فقال : ساقيتك علىٰ هـٰذه النخيل ، وزارعتك علىٰ هـٰذه الأراضي علىٰ أن لك من الثمر النصفَ ، ومن الزرع الثلث ، فقد اختلف أصحابنا : فمنهم مَنْ صحح ذلك، لاتحاد العقد والعاقد ، وجريان التبعية . ومنهم من لم يصحح المزارعةَ ؛ لأنها ميزت على الصيغة المغايرة عن النخيل ، وأفردت بقسطٍ وجزء ، فكان ذلك خارماً للتبعية .

ثم لا يخفَىٰ أن الخلاف في ذلك يترتب على الخلاف فيه إذا أُفردت المزارعة بعقدٍ تقديماً أو تأخيراً ، ولا يشكل وجه الترتيب .

و[كل][(١)] ما ذكرناه فيه إذا جرت المزارعة على الأرض ، مع المساقاة في النخيل ، واتحد العامل .

---

(١) في الأصل : ولـٰكن .

وقد قدمنا صورة المزارعة ، وأوضحنا أن البذر فيها يكون من جهة مالك الأرض ، والعمل من الزراع .

٥٠٠١ـ فلو ساقى المالك رجلاً على النخيل وخابره على الأراضي المتخللة . والمخابرة أن يكون البذر من العامل ، ويقع شرط جزء من الزرع لمالك الأرض عوضاً عن منفعة أرضه .

فلو جرت هـٰذه المعاملة في الأراضي في ضمن المساقاة على النخيل ، ففي المسألة **وجهان** ذكرهما **الشيخ أبو علي** : **أحدهما** ـ أن المخابرة صحيحة لمعنى التبعية ؛ فإنها في معنى المزارعة ، وكل واحدة منهما باطلة لو أفردت .

والوجه الثاني ـ أن المخابرةَ فاسدة ؛ لأنها لا تُضاهي المساقاة؛ من جهة أن وضع المساقاة علىٰ شرط [شيء][1] من الثمار للعامل ، والأصل أن تكون الثمار لمالك الأشجار ، والمزارعة في معناها ؛ فإن الغلّة تبعُ البذر ، فالأصل أن تكون الغلةُ بكمالها للمزارع ، فإذا شُرط جزء منها للعامل ؛ فإن[2] ذلك كشرط جزء من الثمار للعامل ؛ وليس كذلك المخابرة ؛ فإن البذر فيها من العامل ، والأصل أن تكون الغلة له .

وكل هـٰذه المسائل تدور على التبعية ، ومراعاتها .

وكل ما ذكرناه فيه إذا كانت الأراضي بحيث/ لا يتأتىٰ إفرادها [بالسقي][3] والعمل دون النخيل ، وكانت مع ذلك قليلةً ، لا يجرّد القصدُ إلىٰ إفرادها . ١٠٤ ي

٥٠٠٢ـ فأما إذا كانت تلك الأراضي كثيرة ، وكان يمكن إفرادُها بالعمل فيها ، فلا تجوز المزارعة عليها مع النخيل ، وإن احتوىٰ عليها حائط واحد .

ولو كثرت الأراضي ، ولـٰكنها كانت لا تفرد بالعمل ، ولا يتأتّىٰ إفرادها ، ففي المسألة **وجهان** : **أحدهما** ـ أن المزارعة فاسدة ؛ لأنها بكثرتها يمتنع تقديرها تبعاً .

---

(١) ساقطة من الأصل .
(٢) (ي) ، (هـ٣) : كان ذلك .
(٣) في الأصل : بسقي .

والثاني ـ وهو الأصح ـ أن المزارعة تصح ؛ فإنها تابعة في العمل ؛ من جهة أنه لا يتأتّىٰ إفرادُها بالعمل عليها .

ثم اختلف أئمتنا المعتبرون في ذلك : فمنهم من اعتبر كثرة الأراضي ، وقال : إن كانت أكثر من مغارِس النخيل ، أو كانت مثلَها ، فتقع في الخلاف ، وإن كانت أقلَّ من النخيل ، فالتبعية ثابتةٌ والمزارعة صحيحة ، علىٰ شرط التبعية .

ومن أئمتنا من راعى الرَّيْعَ ، وقال : إن كان ريْعُ النخيل أكثرَ فالأراضي تابعةٌ ، وإن كان ريعُ الأراضي أكثرَ ، أو كان مماثلاً ، فلا تبعية .

وبالجملة كل ما ذكرناه فيه ، إذا كان لا يتأتىٰ إفراد الأراضي بالعمل فيها دون النخيل ، فإن كان يتأتىٰ ذلك ، فلا وجه لتصحيح المزارعة أصلاً . هٰكذا ذكره الأئمة رضي الله عنهم .

فصل

قال : « ولا تجوز المساقاة إلا علىٰ جزء معلوم . . . إلىٰ آخره »(١) .

٥٠٠٣ـ الثمار في المساقاة بمثابة الربح في القراض، وعوض العامل في المعاملتين جزءٌ من الفائدة الحاصلة بأثر عمل العامل ، ثم سبيل الإعلام الجزئية ، وقد ذكرنا تفاصيلها في القراض .

وجُملة تلك المسائل في هٰذا الفن تعود هاهنا : فإذا قال المالك للعامل : لك نصف الثمار ولي نصفُها ، صحَّ ذلك . ولو قال : لي نصف الثمار ، وسكت عن النصف الثاني ، أو قال : لك نصف الثمار ، وسكت عن إضافة النصف الثاني إلىٰ نفسه ، فالخلاف في ذلك كالخلاف في نظيره من القراض .

ولو سمىٰ للعامل في مقابلة [عمله](٢) ثمرة نخلة ، أو نخلات ، فالمساقاة فاسدةٌ ؛ لأن تيك إن لم تُثمر، تجرّد عملُه علىٰ باقي النخيل عن مقابل ، وإن أثمرت ، ولم يثمر

(١) ر . المختصر : ٣/ ٧٢ .
(٢) ساقطة من الأصل .

غيرُها ، فلا يَسْلَمُ لرب النخيل شيء ، وهـٰذه المعاملة لا يجوز أن يعدل عن موضوعها .

ولو شرط للعامل صاعاً ، ثم جعل الباقي نصفين ، أو شرط لنفسه صاعاً ، فذلك فاسد ، كنظيره من القراض . وكذلك لو شرط أن تكون الثمار نصفين ، ثم إنّ أحدهما يردُّ على الآخر صاعاً ، فيفسد ؛ إذ قد لا يكون النصف إلا صاعاً ، وهو بمثابة ما لو شرط لصاحبه صاعاً ، ثم قدّر القسمة بعده .

وكل هـٰذه الفصول متكررة ، اكتفينا بالرمز إليها .

٥٠٠٤ـ والذي يجب الاعتناء بدَرْكه : أن شرط جميع الثمار للعامل فاسدٌ مفسد للمعاملة ، وكان لا يمتنع من طريق المعنىٰ تجويز/ ذلك اكتفاءً من مالك الأشجار بتنميتها ، وقد يقع هـٰذا غرضاً في أوّل نماء الأشجار الحديثة ، المحتاجة إلى التعهد ، ولـٰكن لا يسوغ هـٰذا ، كما لا يسوغ شرطُ تمام الربح للعامل . ١٠٤ ش

ومبنى المعاملةِ علىٰ تمليك حق المالك في اقتضاء ملك الثمرة لمالك الأشجار ، وصرف شيء منه إلى العامل ، والغرضُ من صرف شيء إليه أن يسعىٰ في تكثيره ، بناءً علىٰ أن ما [يبقىٰ][1] للمالك عند عمل العامل أكثرُ من كل الثمرة لو لم يكن عمل .

هـٰذا هو المفهوم من وضع هـٰذه المعاملة .

وقال **القاضي** في أثناء هـٰذه المسائل : « لو باع نصفاً من صُبرة ، وصاعاً من النصف الآخر ، لم يجز ؛ لأنه لم يمحض الجزئية » .

وهـٰذا لستُ[2] أراه كذلك ؛ فإن هـٰذا التفريع إنما يحسن إذا جوزنا بيع صاع من صُبرة مجهولة الصيعان ، وفيه خلافٌ ، ذكرناه ؛ فإن جوزنا هـٰذا ، فبَيْعُ النصف من الصُّبرة المجهولة جائزٌ ؛ فيقع[3] النصفُ الثاني كصُبرة مجهولةٍ ، بيع صاعٌ منها ، ولا يجوز غير هـٰذا .

---

(١) في الأصل : بقي .
(٢) (ي) ، (هـ٣) : لا أراه .
(٣) عبارة (ي) ، (هـ٣) : وبيع صاع من النصف الثاني كصبرة. . .

فَصْلٌ

قال : « ولو دخل في النخيل على الإجارة . . . إلىٰ آخره »[(١)] .

٥٠٠٥ـ هـٰذه المعاملة تنعقد بلفظ المساقاة وهو خِصِّيصٌ بها ، نصٌّ فيها ، ولو لم يأت بها ، وذكر المعاملةَ ، صح العقدُ ، ولا بدّ من القبول .

ولو قال : خذ هـٰذه النخيل ، واسقها ، وتعهدها ، واعمل فيها كذا وكذا ، علىٰ أن ما رزق الله من الثمار ، فهو بيننا نصفان ، جاز هـٰذا .

ولا بدّ من القبول باتفاق الأئمة ، بخلاف نظيره في القراض ؛ فإنا ذكرنا فيه ترددًا .

والفارق أن المساقاة لازمة ، فلا بد فيها من التزام ، وإنما يحصل الالتزام بالقبول ، والقراض جائزٌ ، فضاهى الوكالة . وقد مضىٰ هـٰذا .

ثم إن قال : خذ ، فلا بدّ من شرحٍ للأعمال التي تستحق على العامل ، علىٰ تفصيلها .

وإن قال : ساقيتك ، كفىٰ أن يذكر جزئية الثمار ، ويقبل العامل ، ولا حاجة إلىٰ تفصيل الأعمال ؛ فإنها بيّنة في موضوع العقد ، كما سنشرحها .

ولو قال : عاملتك علىٰ هـٰذه النخيل ، ففي اشتراط تفصيل الأعمال تردد واحتمال .

ولو قال : استأجرتك لتعمل في هـٰذه النخيل ، ولك النصف من ثمارها ، لم يصح ذلك أصلاً قبل بُدوّ الثمار .

٥٠٠٦ـ فإن قيل : هلاّ صححتم المساقاة بلفظ الإجارة ، والإجارةُ موضوعة لاستحقاق المنافع ، وفي المساقاة استحقاق المنافع ؟ قلنا : الإجارةُ صريحةٌ في بابها ، وهي ممكنةٌ فيما نحن فيه ، وكل لفظٍ صريحٍ استعمل في مكان إمكان استعماله ، لم يجز أن يُصرف بالنية إلىٰ غيره ، كالطلاق لا يصرف إلى الظهار ، والظهار لا يصرف إلى الطلاق .

فإذا كانت المساقاة لا تصح بلفظ الإجارة ، والإجارةُ تستدعي عوضاً معلوماً مَوْجوداً ، أو ملتزماً في الذمة . ولو/ استأجر إنساناً ليعمل عملاً في غير البستان ، ي ١٠٥

---

(١) ر . المختصر : ٣/ ٧٢ .

وجعل أجرته جزءاً من ثمرة البستان ، فالإجارة فاسدة ، لا شك في فسادها ، فالاستئجار على العمل على النخيل بهـٰذه المثابة .

هـٰذا إذا جرت لفظة الإجارة ، والثمار معدومة ، فإن كانت موجودةً ، فاستأجره علىٰ أعمالٍ معلومةٍ ببعضٍ من تلك الثمار ، لم يخلُ إما أن يكون ذلك قبل بدوّ الصلاح ، وإما أن يكون بعد بدوّ الصلاح . فإن كان قبل البدوّ ، لم يصح ؛ لأن بيع الثمار قبل البدوّ مشروط بشرط القطع، ولا يتأتى القطع في جزءٍ مشاعٍ . وإن فُرض استئصال الثمار بالقطع ، تضمّن تقرير العقد على البعض قطعَ ما ليس معقوداً عليه[١] ، وهـٰذا فاسد غير محتمل .

وإن بدا الصلاح ، فاستأجره علىٰ أعمالٍ ، وجعل أجرته نصف الثمار ، صحت الإجارة ، ويحمل الأمر على التبقية إلىٰ أوان الجداد .

وإن استأجره ليعمل على النخيل أعمالاً بيّنها ، وأعلمها ، وشرط أجرته ثمرةَ نخلة أو نخلات بعينها ، فإن لم تكن الثمار خارجةً ، لم تصح الإجارة ، وإن خرجت ، فإن كان قبل بدوّ الصلاح ، جاز بشرط القطع ، وإن كان بعده ، جاز مطلقاً .

والأجرةُ في الإجارة حكمها حكم العوض في البيع في كل تفصيل .

فصل

قال : « وكل ما كان [فيه][٢] مستزادٌ في الثمرة . . . إلىٰ آخره »[٣] .

٥٠٠٧ـ مقصود الفصل بيان ما على العامل من الأعمال ، ونحن نفصلها ، ثم نعود ، فنضبطها من جهة المعنىٰ علىٰ أقصى الإمكان، إن شاء الله .

فعلى العامل السقي وتنقية الأنهار مما فيها لسَوْق الماء ، وعليه كنسُ الآبار من الحمأة ، وتصريفُ[٤] الجريد ، وتأبيرُ النخيل ، وقطعُ الحشيش المضرّ ، وقد تمس

---

(١) لأنه يستحيل قطع الجزء الشائع إلا بقطع الكلّ .

(٢) مزيدة من نص المختصر ، حيث سقطت من النسخ الثلاث .

(٣) ر . المختصر : ٣/ ٧٢ .

(٤) تصريف الجريد : الجريد سعف النخيل ، ويسمىٰ جريداً لأنه يجرّد من خوصه ، وتصريف =

الحاجة إلىٰ تقليب الأرض في المغارس ، وهو عليه أيضاً ، وعليه الجِدادُ ، ونقلُ الثمار إلى الجرين ، وتجفيفُها . فهٰذه الأعمال على العامل .

٥٠٠٨ـ فأما ما يتعلق بإصلاح الحائط ، وبناء الجدران ، ونصب الأبواب ، وشراء الدولاب ، وحفرِ بئرٍ جديد ، ونهرٍ ، فهٰذه الفنون تجب علىٰ رب النخيل .

٥٠٠٩ـ والضبط فيما على العامل، أن ما يتعلق بتنمية الثمار ، ولا يتأصل عمارةً في البستان ثابتةً، فهو على العامل ، وما يتعلق بالعمارات الدائمة في البستان ، فليس على العامل.

وعبّر بعضُ الأصحاب ، فقال : ما تكرر في كل عامٍ ، ولا يبقىٰ أثره بعد مضي السنة ، فهو الذي يلتزمه العامل ، وما لا يتكرر في كل عام ، ويبقىٰ أثره بعد مضي السنة وخروج العامل عن العمل ، فهو في جانب رب النخيل .

ونحن نعلم أن الأعمال المنمِّيَةَ للثمار تؤثر أثراً ظاهراً في الأشجار ؛ إذْ لو قُطع السقي في سنةٍ ، لتأثرت الأشجار تأثراً بيّناً ، وكذلك إذا تُرك تصريف الجريد عن النخيلِ تأثرت ، والنخلة تُخْلِف كلّ سنة [ضغثاً][1] من السعف والجرائد ، وتجف ، ولو لم تقطع، لتضررت النخلة .

فإذا كنا نعلم ذلك ، ونستيقن أن الأشجار تنتفع بأعمال العامل ، فالوجه ما ذكرناه من تكرر العمل في كل سنة ، فالواجب ما يؤثر في الثمرة ، ويتكرر في كل سنة ، ولا يثبت/ أثراً دائماً . ش ١٠٥

٥٠١٠ـ وتردد أئمتنا في القيام بحفظ النخيل ، فمنهم من قال : على العامل ؛ فإنه مما تتأثر به الثمار بأن لا تسرق ، وليس هو أمراً دائماً ، فشابه السقي .

ومن أصحابنا من قال : ليس ذلك على العامل ، وهو القياس ؛ فإنه ليس عملاً

= الجريد أن يشذِّبه من سُلاَئه (شوْكه) ، ويذلّل العذوق فيما بين الجريد لقاطعه . والتشذيب : تشنيخُ شوكه عنه ، وتنقيحه مما يخرج من شَكيرِه الذي يضرّ به إن ترك عليه (والتشنيخ : تنحية الشوك عن الشجر ، والتنقيح مثله) . (الزاهر : ٢٥٠ فقرة : ٥٣٧ ، والمعجم) .

(١) في الأصل : صنفاً .

ينمِّي الثمار بطباعه ، وإنما هو حفظٌ عن اللصوص ، لا يعدُّ من أعمال المُساقَىٰ .

ولو حصل أدنىٰ ثُلمةٍ في الحائط ، وكان يهون ردْمها ، فقد ردّد **القاضي** جوابه فيه أيضاً ؛ فإنه من الأمر الهين ، الذي لا يعد من الآثار المتخلّدة . والمسألة محتملة .

فلو قيل : قطعتم القولَ بأن القطاف على العامل ، وليس القطاف منمِّياً للثمار .

قلنا : هو إصلاحٌ لها ، وكذلك النقل إلى الجرين ، والتجفيف .

ثم إن جرى العقد بلفظ المساقاة ، فلا حاجة إلىٰ تفصيل هـٰذه الأعمال ذكراً ؛ فإنها مقتضى المساقاة .

وظاهر نص **الشافعي** يوهم أنه لا بد من ذكرها ؛ لأنه قال في الأعمال : « جاز شرطها على العامل » ، ولو كانت المساقاة مقتضيةً لها ، لما كان لشرطها على العامل معنىً ، وقد رمز إلىٰ هـٰذا بعض الأصحاب ، وصار إلىٰ أن أعمال المساقاة مختلفة الأصناف ، وقد يُفرض الذهول عن بعضها [وتختلف][1] عاداتُ أهل النواحي[2] فيها ، فالاقتصار علىٰ إطلاق لفظ المساقاة لا يفيد إعلامَنا . وهـٰذا وإن أمكن توجيهه ، فلا ينبغي أن يُعتدَّ به مذهباً إذا كان المذكورُ لفظَ المساقاة .

والوجه القطعُ بأن المساقاةَ تُغني عن تفصيل الأعمال ، ولو فصلت مع هـٰذا اللفظ لم يضر ، وعليه يُحمل كلامُ **الشافعي** رضي الله عنه .

٥٠١١ـ ولو شرط مع الأعمال المستحقة في المعاملة ما ليس مستحقاً، كحفر بئرٍ جديدٍ ، أو ما في معناه ، فالمعاملة تفسد عندنا ؛ فإن ما شرط لا يُستحَقُّ إلا بطريق الاستئجار ، والاستئجار يستدعي عوضاً يليق بالإجارة[3] ، فإذا وقع الاقتصار علىٰ ذكر جزء من الثمار ، لم يكن ذلك علىٰ وفق الاستئجار ، فيبقىٰ ذلك المزيد مشروطاً في العقد علىٰ حكم الفساد ، فيفسد وتفسد ، وأجاز **مالك**[4] : أن يشترط في العقد كل ما كان من مصلحة الحائط . وهـٰذا باطل .

* * *

---

(١) في الأصل : فتخلف .
(٢) (ي) ، (هـ٣) : البوادي .
(٣) (ي) ، (هـ٣) : عوضاً معلوماً .
(٤) ر . جواهر الإكليل : ٢/ ١٨٠ ، حاشية العدوي: ٢/ ١٩٣ .

باب
الشرط في الرقيق

قال : « ولا بأس أن يشترط المساقي علىٰ رب النخيل غلماناً يعملون معه . . . إلىٰ آخره »[١] .

٥٠١٢- أراد بالمساقي ـ والقاف مكسورة ـ العاملَ ، ولو قال المساقَىٰ ـ بفتح القاف ـ لكان أظهر في تفاوض الفقهاء ، غير أن ما ذكرناه صحيح في اللغة ؛ فإن المساقاة مفاعلة ، فيجوز أن يعبَّر عن كل واحد منهما باسم الفاعل والمفعول ، وهو يضاهي كلمة المصادفة والموافاة ، وما في معناهما ، فيجوز أن تقول إذا التقيت بزيد : صادفتُ زيداً ، ويجوز أن تقول صادفني زيد ، ووافيتُ زيداً ، ووافاني زيد ، ولاقيتُ زيداً ، ولاقاني زيدٌ .

وغرض الباب أنه لو كان في البستان الذي جرت المعاملة فيه غلمانٌ مرتبون للعمل فجرت/ المساقاة مطلقة بين ربِّ البستان وبين العامل ، فالعبيد لا يدخلون في موجَب العقد المطلق . ي١٠٦

وقال **مالك**[٢] : الغلمان الذين هم من عَمَلة الحائط يدخلون تبعاً ، والعامل يستعملهم ، وهـٰذا الذي ذكره وهمٌ ، وغلطٌ ؛ لأن المالك ربما لم يرضَ بالمساقاة إلا [لقطع][٣] غلمانه عن العمل ، حتىٰ يتفرغوا ، وهو يستعملهم في أمورٍ سواه ، فيجب حملُ المساقاةِ علىٰ مقتضاها . وخروج العبيد .

هـٰذا إذا كان العقد مطلقاً ، [فإن قُيّد ، فشرَط][٤] العاملُ دخولَهم في العقد ،

(١) ر . المختصر : ٣/ ٧٣ .
(٢) جواهر الإكليل : ٢/ ١٧٩ ، حاشية الدسوقي : ٣/ ٥٤١ .
(٣) في الأصل : يقطع .
(٤) في الأصل : فلو شرط ، والمثبت عبارة (ي) ، (هـ٣) .

ليعملوا معه ، فظاهر النص أن الشرط صحيح ، وإذا[١] وقع التوافق عليه ، لزم الوفاء به . ثم لو جرىٰ هـٰذا الشرط لعبيدٍ[٢] مرتّبين معروفين بالعمل في هـٰذا البستان ، أو جرىٰ في عبيد آخرين ، لم يُشْهَروا بالعمل في هـٰذا البستان ، فلا فرق ، والكل علىٰ وتيرة .

ومن أصحابنا من قال : لا يجوز أن[٣] يشترط عملَهم معه ؛ فإن المعاملة تقتضي استحقاق صنوفٍ من الأعمال على العامل ، فإذا اشترط أن يعمل العبيد معه ، اقتضىٰ ذلك الحطَّ من تلك الأعمال ، وقد يتعاطى العبدُ معظمها وهـٰذا تغييرٌ لوضع العقد .

وسنذكر[٤] أن المالك لو شرط أن يعمل مع العامل ، لم يجز .

وعمل العبد كعمل المالك ، ويدُ العبد إذا كان يتصرف بإذن المالك كيد المالك ، فإذا امتنع شرطُ عمل المالك ، وجب أن يمتنع شرطُ عمل العبد .

٥٠١٣ـ فيخرج من هـٰذا الترتيب أن المالك لو شرط أنه يعمل ، لم يجز علىٰ ما سنذكره . وفي شرط عمل العبيد الخلاف الذي ذكرناه[٥] : ظاهر النص الجوازُ ، وفيه الوجه المخرّج المشهور .

ومَنْ نصر النصَّ ، انفصل عن عمل المالك بأن قال : المالك إذا كان يعمل ، ففي عمله إفساد تدبير العامل ، وشرطُ عمله أن يكون صادراً عن استقلاله بنفسه ، واستبدادِه برأيه ؛ وهـٰذا لا يتحقق في العبد ؛ فإنه مع العامل في حكم المصرَّف المستخدم ، حتىٰ لو وقع الشرطُ علىٰ أن يستقلَّ العبدُ بالعمل ، ولا يتبعَ استعمالَ العامل إياه ، فذلك فاسدٌ مفسدٌ ، نازلٌ منزلة اشتراط عمل المالك ، فإذاً العبيد إذا ذكروا ، وقعوا [عوناً][٦] للعامل علىٰ سبيل التبع .

---

(١) (ي) ، (هـ٣) : وإن .
(٢) (ي) ، (هـ٣) : في عبيدٍ .
(٣) (ي) ، (هـ٣) : لا يشترط .
(٤) عبارة (ي) ، (هـ٣) : وسنذكر أن العامل لو شرط على المالك أن يعمل معه لم يجز .
(٥) (ي) ، (هـ٣) : ذكره .
(٦) في الأصل : عيناً .

ولو شرط رب النخيل أن يُعينَ العاملَ بثيرانٍ عوامل ، أو ما في معناها من الآلات التي يحتاج إليها العامل ، لم يضرّ شرطُ ذلك ، اتفق الأئمة عليه في الطرق ، والفرق أنها ليست عواملَ بأنفسها[١] ، وإنما هي كالآلات ، والعملُ مضافٌ إلىٰ مستعملها ، ولا يُتوقع منها مزاحمةٌ ، بخلاف عبيد رب النخيل . وإنما يتّضح هـٰذا الفصل بآخره .

٥٠١٤ـ وقد ذكر **المزني** في آخر مسائل التحري شيئاً ، وأنا أرىٰ في طريق البيان أن أذكره الآن : فلو شرط العامل أن يستأجر في الأعمال الأجراءَ ، أو في بعضها ، وشرط أن تكون أجرتُهم على المالك ، ففي جواز ذلك **وجهان** : **أحدهما** ـ أنه يسوغ . **والثاني** ـ لا يسوغ .

توجيه الوجهين : من قال : لا يجوز شرطُ ذلك ، احتج بأن الأعمال إذا تولاها الأجراء/ واستحق المساقَىٰ جزءاً من الثمار ، لم يكن استحقاقه في مقابلة عمل [و][٢] رب المال كان متمكناً من تحصيل تفاصيل هـٰذه الأعمال بالأجراء ، فإذا حصلت بهـٰذه الجهة ، والتزم المالك الأجرة ، لم يبق للعامل مع ذلك معنىً . ش ١٠٦

ومن قال بالجواز ، احتج بأن قال : إذا وقع التشارط كذلك ، فالمطلوب من العامل استعمالُ الأجراء في الوجوه التي يستصوبها ، وتخيّر الأوقات للأعمال ، وانتصابه قهرماناً[٣] عليهم ، وهـٰذا جارٍ في العرف .

فإن قيل : هلا وقع القطعُ بجواز ذلك اعتباراً بمؤنة الحمال والكيال والدلال في مال القراض ؛ فإن مؤنهم محسوبة من عُرض[٤] المال ، فليكن الأُجراء بهـٰذه المثابة ؟

قلنا : لا سواء ؛ فإنّ الأعمال التي يتولاّها هـٰؤلاء في القراض لا يتولاها التاجر بنفسه، ويستحيل أن نكلف مرموقاً في التجارة أن يتعاطاها ، فتلك الأعمالُ خارجةٌ عن كونها ثابتةً على المقارض ، والأعمال التي يقع استئجار الأجراء عليها في مسألتنا

---

(١) (ي) ، (هـ٣) : ليست مستقلة بأنفسها .

(٢) الواو ساقطة من الأصل ، ومن (ي) .

(٣) القهرمان : أمين المَلك ، ووكيله الخاص بتدبير دخله وخرجه . فارسي معرب (معجم) .

(٤) في الأصل : غرض : وعُرض المال ، عامته ، ووسطه . (معجم) .

مستحقةٌ على العامل في وضع المعاملة . نعم ، قد ذكرنا أن عرْض الثياب ، ونشرَها ، وردَّها إلىٰ ظروفها من عمل المقارَض ، فلو شرط الاستئجارَ علىٰ هٰذه الصنوف ، جرى الخلاف الذي ذكرناه في الاستئجار علىٰ أعمال المساقاة .

٥٠١٥ـ ولو شرط العامل في المساقاة أن يصرف إلىٰ أجرة الأجراء أجزاء من الثمار ، فهٰذا الشرط يُفسد ؛ فإنه لا يجوز إضافةُ الثمار إلا إلى العامل والمالك .

وإذا قال : أصرف إليهم من الثمار أجرتهم والباقي بيننا ، فهٰذا يجر جهالةً في المشروط بين العامل وبين رب النخيل ، وإذا وقع الشرط علىٰ أن يبذل المالك أجرة الأجراء ، لم تصِرْ جزئيةُ الثمار مجهولةً ، وسنقرر هٰذا الفصل ، وهو إضافة مؤن الأجراء إلى الثمار في آخر المسائل .

وكان قَدْرُ غرضنا التردّدُ الذي ذكرناه إذا كانت الأجرة مشروطةً على المالك .

ثم مَنْ صحح ذلك ، [فلا خلاف](1) أنه يجب أن يبقىٰ متعلَّقٌ من عمل العامل ، وأوْلىٰ أعمالِه استعمالُه الأجراء في وجوه الاستصواب ، فإذا وقع الشرط علىٰ ألا يعملَ ، ولا يستعملَ ، فلا شك أن المعاملةَ فاسدةٌ .

ولو ذكر أنه يَعُدُّ الأجراء ، أو يضبط حسابَهم ، فالذي أراه أن(2) هٰذا لا يكتفىٰ به ، إذا لم يكن يهتدىٰ(3) إلى الدهقنة ، وجهات الاستصواب ، ولم يقع الشرط على الاستقلال بالاستعمال ، فإنّ عدّ الأجراء ، أَوْ ضبطَ حسابهم عملُ أجيرٍ ، آخر لا يختص بالدهقنة المطلوبة .

٥٠١٦ـ فإذا تمهد ما ذكرناه ، التحق اشتراط عمل العبيد باشتراط الأجراء . وفي عمل العبيد مزيد أمرٍ يشير إلىٰ فساد الشرط ، وهو أنّ أيديهم تضاهي يدَ المالك بخلاف أيدي الأجراء ، فالوجه ترتيب اشتراطهم على اشتراط الأجراء ، والمصيرُ إلىٰ أن اشتراطهم أولىٰ باقتضاء الفساد من طريق القياس ، والنصُّ على الصحة ، فليقع التفريع عليه .

---

(١) ساقط من الأصل .
(٢) عبارة (ي) ، (هـ٣) : أنه .
(٣) (ي) ، (هـ٣) : إذا لم يهتد إلىٰ .

ي ١٠٧ ٥٠١٧ـ فنقول : إذا شُرطوا/ وتعينوا بالشرط ، فالكلام بعد ذلك في نفقاتهم ومؤنهم ، وقد أجمع الأئمة علىٰ أنه لو لم يقع التعرض لنفقتهم ، فنفقاتُهم على المالك ؛ فإن النفقة تتعلق بالمالك إذا لم يقطعها قاطع عنه ، ولو وقع الشرط علىٰ أن ينفق المالك ، فقد تطابق الشرطُ ومقتضى الشرع .

ولو وقع الشرط علىٰ أن تكون النفقة على العامل ، فقد اختلف أصحابنا في المسألة ، فمنهم من قال : هـٰذا فاسدٌ ؛ لأنه قطعٌ لمقتضى الشرع في اقتضاء الملك نفقةَ المملوك .

ومنهم من قال : يصح شرطُ النفقة على العامل ؛ فإن العمل في وضع العقد مستحَقٌّ عليه ، فلا يمتنع شرط مؤنة [العملة][1] عليه ، وهـٰذا ظاهرُ النص ؛ فإنه قال : رضي الله عنه : ونفقة الرقيق علىٰ ما يتشارطان .

وذهب **مالك**[2] إلىٰ أن مطلق العقد يقتضي أن تكون النفقة على العامل ، وإياه قصد **الشافعيُّ** بالرد حيث قال : والنفقة علىٰ ما يتشارطان ، فهـٰذا هو الترتيب في الأصل .

وذكر **شيخي** عن بعض الأصحاب وجهاً أن شرطهم لو كان مطلقاً ، ولم يقع التعرض لذكر نفقاتهم ، فالعقد يفسد بهـٰذا الإطلاق ؛ فإنه يجرّ جهالة في المقصود . وهـٰذا مزيف ضعيفٌ .

فإذا حكمنا بأن النفقة على المالك في التفاصيل التي ذكرناها ، فإنه ينفق عليهم إنفاقه قبل ذلك . فإن قلنا : النفقة على العامل عند الشرط ، فهل يُشترط إعلامها ؟ فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما** ـ أنه يجب الإعلام ، وهو الأقيس ، ولا يخفىٰ وجهه .

والثاني ـ لا يشترط الإعلام ويتسامح في ذلك ، ويُرد الأمر إلىٰ [الأمر][3] القَصْد الوسط في الإنفاق ، ومثل ذلك محتمل في عرف المعاملات .

---

(١) في النسخ الثلاث : العمل . والمثبت تقدير منا لرعاية السياق .
(٢) ر. جواهر الإكليل : ٢/ ١٧٩ ، حاشية الدسوقي : ٣/ ٥٤١ .
(٣) في الأصل : إلى الآمر القصد . وفي (ي) : إلى القصد الوسط . والمثبت من (هـ٣) .

ومما أجراه **الشافعي** في محاجّة **مالك** لما نقل عنه أن [نفقة العبيد][(١)] على العامل من غير شرط ، فقال رضي الله عنه : كما [ألزمته][(٢)] النفقة ، فألزمه أجرة العبيد ؛ فإن أجرة أعمالهم تزيد علىٰ نفقاتهم . وهـٰذا الكلام ينشىء في المذهب نظراً على الفقيه .

٥٠١٨ـ وقد ذكرنا في اشتراط أجرة الأجراء على المالك تفصيلاً ، [فإذا جَرَيْنا][(٣)] علىٰ أن حقَّ العمل أن يكون مستحقاً على العامل ، فاشتراط أجرة العبيد عليه لا [يمتنع][(٤)] ليكون هو الموفي عملَ المساقاة .

ويرجع النظر إلىٰ تعيين العبيد وأن أيديهم هل تنزل منزلةَ يد المالك ، فليتبيّن الناظرُ ذلك ، ثم ليعلم أن الأصح جوازُ اشتراط أجرة الأجراء على المالك ، وردّ الأمر إلىٰ أن جملة الأعمال لو قوبلت بجزءٍ من الثمار ، جاز . ولو قوبل بعضها علىٰ شرط الاستقلال بجزءٍ من الثمار ، فالأصح الجواز .

ولو لم يكن للعامل استقلالٌ ، وإنما كان يصرّفه المالك في عملٍ يريده ، وذكر له جزءاً من الثمار ، لم يجز ذلك بلا خلاف ، فإن هـٰذا خارج عن المساقاة المعهودة ، وهو على الحقيقة استئجارٌ بجزءٍ من الثمار . والاستئجار علىٰ هـٰذا الوجه فاسد .

فهـٰذا بيان أطراف الكلام في الفصل .

* * *

(١) في الأصل : أن النفقة على العامل .
(٢) في الأصل : لزمته .
(٣) في الأصل : وأجرينا .
(٤) في الأصل : يمنع .

باب[١]

قال المزني : «هـٰذه مسائل أجبتُ فيها علىٰ معنىٰ قوله وقياسه . . . إلى آخره»[٢] .

٥٠١٩ـ فمن ذلك لو ساقاه علىٰ نخيلٍ سنين معلومة ، علىٰ أن [يعملا][٣] فيها جميعاً ، لم يجز في معنىٰ قوله .

فقال/ الأئمة : أصاب فيما قال ؛ لأن [المالك][٤] إذا شرط أن يعمل معه في البستان مَنَع انفراده بالرأي والاجتهاد[٥] ، وغيَّر وضْعَ المعاملة ، وردَّ مرتبة العامل إلىٰ محلّ مستعمَل محتكمٍ عليه ، وهـٰذا صفة الأجير الذي يستعمله مستأجِره ، ووجدت الطرقَ متفقةً علىٰ ما ذكرت ، وقد قدمتُ في القراض أن المالك لو شرط أن يعمل مع المقارَض ، أفسد القراضَ بهـٰذا الشرط . ش ١٠٧

وهـٰذا في القراض أظهر ؛ من جهة أن صاحب المال إذا كان يزاحِم في العمل عليه فأهل العرف لا يعاملون العامل ، ولا يقيمون له وزناً والغرض من نصبه أن يظهر أثره في التجارة ، وهـٰذا قبضٌ علىٰ يده .

وهـٰذا التعليل علىٰ هـٰذا الوجه قد لا يظهر في المساقاة إلا علىٰ وجه التكلف ، في أن العامل لو لم يكن مستبداً، فقد يؤدي ذلك إلىٰ فوات وجوهٍ من العمل ، وأعمال الدهقنة في أحيانها [كالفُرص][٦] في أوانها . وقد ذكرنا في القراض أن المالك لو لم يشترط أن يعمل مع المقارض ، ولـٰكن شرط أن يكون له يدٌ في المال ، فهـٰذا الشرط مفسدٌ وفاقاً .

٥٠٢٠ـ ولو شرط ربُّ النخيل أن يكون البستان تحت يده ، نُظر : فإن لم يكن

---

(١) هـٰذا العنوان (باب) سقط من نسخة الأصل وحدها .
(٢) ر . المختصر : ٣/ ٧٣ .
(٣) في الأصل : يعمل . والمثبت من (ي)، (هـ ٣).
(٤) في النسخ الثلاث : العامل . والمثبت تقدير منا.
(٥) (ي) ، (هـ٣) : والاستبداد .
(٦) في الأصل : كالقراض ، وفي (ي) ، (هـ٣) : كالقرض . والمثبت تقدير منا .

للعامل يدٌ ، وكان يحتاج إلىٰ مراجعة المالك ، مهما[1] أراد الدخول والعمل في البستان ، فهـٰذا التضييق مفسدٌ للعمل إجماعاً ؛ فإنه يؤثر أثراً بيِّناً في عين مقصود المعاملة ، إذ قد يَرْهَق[2] عملٌ في الدهقنة لا يقبل التأخير .

وإن كانت اليد ثابتةً للعامل ، وكان متمكناً من الوصول إلى العمل متىٰ شاء ، فهـٰذا مما رأيت كلامَ الأصحاب فيه على التردّد ، فرأىٰ بعضُهم أن تُلحَقَ المساقاة بالقراض ، حتىٰ تكون مشاركةُ المالك في اليد مُفسدةً كالقراض .

وهـٰذا غير سديد ؛ فإن المالك إذا كان لا يزاحِمُ في العمل ، فلا أثر ليده ، والحالة كما وصفنا ، بخلاف اليد في القراض ؛ فإن نفسَ مخالطة المالك للمال تصرف وجوهَ الطالبين والراغبين عن العامل ، وتتضمن قبضاً علىٰ يده ، وهـٰذا لا يتحقق في عمل المساقاة أصلاً .

وتمام البيان في ذلك : أنا إذا لم نجعل مجردَ يد المالك مؤثراً ، فلو شرط أن يعمل مع العامل علىٰ حسب استعمال العامل إياه ، من غير أن يستبد بنفسه ، أو يزاحمه في التدبير والاستقلال ، فهـٰذا فيه احتمالٌ ظاهر ، ولـٰكن مقتضىٰ قول الأصحاب أنه إذا كان يشارك في العمل ، وجرىٰ شرطُ ذلك ، كان فاسداً مفسداً . وهـٰذا فيه نظر ، ولا يبعد حمل كلام الأصحاب على اشتراط العمل ، علىٰ وجهٍ يزاحم تدبير العامل .

هـٰذا منتهى الكلام في هـٰذا .

فَصْلٌ

قال : « ولو ساقاه على النصف ، علىٰ أن يُساقِيَه في حائط آخر على الثلث ، لم يجز . . . إلى آخره »[3] .

٥٠٢١ـ وهـٰذا كما قال : وعلّة الفساد أنه شرط عقداً في عقد ، وكان كما لو قال :

(١) مهما : بمعنىٰ إذا .
(٢) رهق الشيء : حان أوانه ، ودخل وقتُه . (معجم).
(٣) ر . المختصر : ٣/ ٧٣ .

بعتك هـٰذا العبدَ بألفٍ ، علىٰ أن تشتريَ داري بألفين .

وكذلك لو قال : ساقيتك في هـٰذا الحائط على النصف علىٰ أن تساقيني في حائطك هـٰذا ـ لا يجوز ، كما/ لو قال : بعتك هـٰذا العبدَ بألفٍ ، علىٰ أن تبيعني دارَك . ي ١٠٨

ثم المساقاة الثانيةُ صحيحة ، إذا جرت مطلقةً ؛ فإنها خليّةٌ عما يُفسدها ، وإنما فسدت المساقاةُ الأولىٰ بشرط هـٰذه فيها ، فإذا لم يقع في العقد المتأخر شرطٌ ، وجرىٰ علىٰ موجب الشرع ، صحَّ .

وكذلك القول في البيعين ، فالبيع الأخير المطلق صحيحٌ .

فإن جرىٰ ما يتضمن تعليقاً في العقدين ، مثل أن يقول : ساقيتُك في هـٰذا الحائط على النصف علىٰ أن تساقيني في حائطك هـٰذا على الثلث ، فإذا وجب لك هـٰذا ، وجب لي هـٰذا ، فإذا رأيا ذلك إنشاءً للعقدين ، لم يصح واحدٌ منهما ؛ فإنَّ كلَّ واحد معلّقٌ بالآخر ، والتعليق ممنوعٌ في ذلك .

ولو جرىٰ هـٰذا علىٰ هـٰذه الصيغة ، ثم [استفتحا][1] المساقاةَ الثانيةَ ، أو البيعَ الثاني ، وقد جرىٰ قبلُ صيغةُ التعليق ، فلا أثر لما تقدم ، ويصح العقد الثاني إذا استقل بشرائط الصحة ، ولا يؤثر إضمارُهما أن ذلك وفاءٌ بالتعليق المقدّم ، إذا لم يَجْرِ تعليقٌ عند استفتاح هـٰذا العقد .

٥٠٢٢ـ ثم مهما فسدت المساقاة ، فللعامل أجر مثل عمله ، والثمار ، بجملتها لرب النخيل . فلو فسدت المساقاة ، وعمل العامل ، واجتاح الثمارَ الجوائح ، ولم يحصل شيء منها ، فهل يستحق العامل على الفساد أجرةَ المثل ؟ فعلىٰ **وجهين** :

أحدهما ـ أنه يستحق بعمله ، ولا تعويل على الثمار في حقه ، كانت أو لم تكن .

والثاني ـ أنه لا يستحق شيئاً ؛ لأن العقد لو كان صحيحاً ، لما استحق شيئاً ، فإذا عمل على الفساد ، فقد صدر منه العمل علىٰ وجهٍ لا يعتقدُ استحقاق شيء بعمله ، مع اعتقاد الصحة ، فليكن الفاسدُ كالصحيح ، حتىٰ لا يختلفا إلا في المستحق ، فالواجب في الصحيح جزءٌ من الثمار ، وفي الفاسد أجرة المثل . وقد ذكرنا نظير ذلك في القراض .

---

(١) في الأصل: استثنىٰ. وفي (ي): غير مقروءة، صورتها هـكذا: (اسحقىا). والمثبت من (هـ٣).

فصل

قال : « فإن ساقاه أحدهما نصيبه على النصف ، والآخر نصيبه على الثلث . . . إلىٰ آخره »[١] .

٥٠٢٣ـ البستان إذا كان مشتركاً بين شريكين فساقيا عاملاً علىٰ نخيلهما ، وشرط أحدُهما له نصفَ الثمار من نصيبه ، وشرط الثاني له الثلثَ ، وكان العامل عالماً بنصيب كل واحد منهما من النخيل ، فهٰذه المعاملة صحيحةٌ ، والجاري في حكم عقدين ، كلُّ واحد منهما منفردٌ عن الثاني ، وإن كان العامل جاهلاً ، ولم يدر أن نصيب مَن شرط الثلث كم ، ونصيبَ من شرط النصف كم ، فالمعاملة فاسدةٌ ؛ فإنه لا يدري كم يخصه من النصيبين ؛ فإنَّ نصيبَ من شرط الثلث إذا كان أقلَ ، كثُر نصيبُ العامل ، وإذا كان على العكس قلّ نصيبه ، فلا تنعقدُ المعاملة على الجهالة .

ولو جهل مقدارَ ملك كل واحد منهما من النخيل ، ولٰكنهما شرطا له النصف من نصيبهما ، فالمذهب الصحيح تصحيحُ المعاملة ؛ إذْ لا جهالة فيما يستحقه ، ولا أثر لتفاوت ملكيهما .

ولو ساقىٰ واحد رجلين ، وشرط لأحدهما النصفَ ، وللآخر الثلثَ ، جاز .

٥٠٢٤ـ ولو ساقىٰ رجلان رجلين ، وشرطا النصفَ للعاملين ، جاز ، وإن لم يُبيّنا قدْرَ ما يستحق كل واحدٍ من العاملين من النصف الذي سمَّيا لهما ، جاز ؛/ لأن الإطلاق ١٠٨ ش يقتضي كونَ المسمىٰ لهما بينهما ، ثم الباقي يقسّم بين المالكين علىٰ قدر الملكين .

[فإن وقع الشرطُ علىٰ أن الباقي يقسم بعد نصيب العاملين بين المالكين ، لا علىٰ قدر الملْكين][٢] [وذلك بأن يستشرطا][٣] الاستواء في الباقي ، وملكهما متفاوت أو [يشترطا][٤] التفاوت وملكهما متساوٍ، فلا شك في فساد هٰذا الشرط، وأنه غير متبع .

---

(١) ر . المختصر : ٣/ ٧٤ .

(٢) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .

(٣) عبارة الأصل هٰكذا : ثم الباقي يقسم علىٰ قدر الملكين ، فإن شرطا الاستواء في الباقي . . .

(٤) في الأصل : أو اشترطا .

ثم قال قائلون من أئمتنا : هـٰذا يفسد العقد إذا جرىٰ شرطاً فيه . وقد ذكرتُ نظير ذلك في القراض ، وحكيت الوفاق فيه عن الأصحاب ، وتكلُّفَ[١] تعليلِه علىٰ وجهٍ يلوح من خَلَله احتمالٌ في أن القراض لا يفسد ؛ من جهة أن هـٰذا الشرط يتعلق بالمالكَيْن ، ولا تعلق له بالعامل والمعاملة ، وهـٰذا أظهر في المساقاة ؛ لأن تشارط المالكَيْن في الثمار لا أثر له في المشروط للعامل ، وليس استحقاقهما الثمار بحكم عقدٍ حتىٰ يظهر في العقد أثرُ تشارطهما ، فيظهر جداً أن نقول : يفسد هـٰذا الشرط ، وتصح المساقاة ، ويقسم الفاضل من نصيب العاملين بينهما علىٰ نسبة المِلْكين .

وإنما رأينا ذلك في المساقاة ، وأشرنا إلىٰ فرقٍ بينها وبين القراض ؛ من جهة أن الربح كأنه جزءٌ من عمل المقارَض ، ولو لم يصرف الدراهمَ إلى العُروض ، لما ثبت ربحٌ أصلاً . والثمار قد لا تكون كذلك ؛ فإن حصولَها بالخَلْق والفطرة وتعهدها لتحسُنَ وتنمو بعمل العامل .

فصل

قال : « ولو ساقاه علىٰ حائطٍ فيها أصنافٌ . . . إلىٰ آخره »[٢] .

٥٠٢٥- إذا كان في الحائط أجناس من النخيل كالدَّقَل ، والعجوة والصَّيحاني وغيرها . فإذا عامل المالك عاملاً علىٰ أن له من العجوة النصف ، ومن الدَّقَل الثلث ، ومن الصَّيْحاني الربع ، نُظر فإن علما مقدار كل نوع بالعِيان ، جاز العقد ، كما لو كانت الأصناف الثلاثة في حدائق مفرَّقة . وإن جهلا ، أو أحدهما ، لم يجز .

فإن شَرط له النصفَ من كل صنفٍ ، جاز ، ولا يضر الجهل بأقدار الأصناف ، وهـٰذا بيّن .

قال الأصحاب : لو اشترىٰ عبداً من رجلين مطلقاً ، يصح الشراء ، وإن جهل نصيب كل واحد منهما ، فإن قال : اشتريت نصيب زيد بألف ، ونصيب عمرو بألفين ،

---

(١) (ي) ، (هـ٣) : تكلفتُ .
(٢) ر . المختصر : ٣/ ٧٤ .

نُظر : فإن كان عارفاً بنصيب كلٍّ واحدٍ منهما ، صح، ولو جهل نصيبَ كلٍّ واحد منهما ، لم يصح ؛ فإن الغرض يتفاوت في ذلك تفاوتاً بيِّناً ، كما ذكرناه في المساقاة .

فَصْلٌ

قال : « ولو كانت النخيل بين رجلين ، فساقىٰ أحدُهما صاحبَه علىٰ أن للعامل ثلثي/ الثمر . . . إلىٰ آخره »[1] . ١٠٩ ي

٥٠٢٦ـ صورة المسألة نخيلٌ بين رجلين نصفان ، ساقىٰ أحدُهما صاحبَه علىٰ أن للعامل فيها الثلثين ، وله الثلث ، فهو جائزٌ ، وكأنه ساقاه في نصف نصيبه علىٰ ثلث الثمرة ، وهو سدس الجملة ، ولا يكاد يخفىٰ أن المساقاة إنما تنعقد على النصف الذي ليس للعامل ، وإجراء ذكر العمل[2] علىٰ جملة البستان غير ضائر .

وإن ساقاه علىٰ أن يعمل في الجميع بالنصف ، فهٰذا فاسد؛ لأنه لم يشترط له شيئاً ، واستعمله في نصيب نفسه ، ولم يقابل عمله في نصيبه بشيء ؛ فإنه يستحق النصف بأصل الملك .

ولو ساقاه والنخيل نصفان علىٰ أن يعمل في الجميع بثلث الثمرة ، فلا شك في الفساد ؛ فإنه استعمله ، وحط من حصته من الملك شيئاً .

٥٠٢٧ـ ثم إذا عمل العمل في هاتين الصورتين، فهل يستحق أجرةَ المثل لعمله [في][3] نصيب مستعمِله ؟ في المسألة **وجهان** : **أحدهما** ـ وهو ظاهر اختيار **المزني** أنه لا يستحق ؛ لأنه تبرع بالعمل ، حيث دخل في العقد علىٰ ألاّ يأخذ من الثمار إلا النصف أو الثلث ، ولم يكن عمله علىٰ قصد استحقاق عوض .

والوجه الثاني ـ أنه يستحق أجر مثل عمله علىٰ نصيب صاحبه ، وهو اختيار ابن سُريج ، لوجود لفظ المساقاة ، وفيها اقتضاء معنى المعاوضة[4] .

---

(١) ر . المختصر : ٣/ ٧٥ .
(٢) (ي) ، (هـ٣) : العقد .
(٣) في الأصل : من .
(٤) (ي)(هـ٣) : المعامة .

وقد تعترض مسألة في أجرة المثل تخالف هـٰذه ، وفيها الخلاف ، وذلك أن يشترط المالكُ الثمارَ بجملتها للعامل ، فالمعاملة فاسدة ، فإذا عمل ، فهل يستحق أجر مثل عمله ؟ **فعلىٰ وجهين** : **أصحهما** ـ أنه يستحق ؛ لأنه عمل ليستحقَّ الثمرة ، فإذا لم تسلَّم له بحكم الفساد ، استحق أجرةَ المثل . **والوجه الثاني** ـ أنه لا يستحق شيئاً ، لأنه عمل لنفسه في الثمار، إذا[1] اعتقد أنها بجملتها له ، ومن عمل علىٰ هـٰذا القصد لم يستحق أجر المِثل .

وهـٰذا الخلاف يناظر مسائلَ : منها أن من استأجر رجلاً حتىٰ يعمل علىٰ معدنٍ[2] للمستأجِر ، وشرط له ما يستفيده من نيلٍ[3] في مدة عمله ، فالنَّيْل لا يُصرف إليه ، وهل يستحق أجر المثل . إذا عمل ، فعلىٰ **وجهين** ، وسبب الاختلاف أنه كان يعمل لنفسه في [ابتغاء][4] النيْل .

ومن ذلك أن يستأجر الرجل أجيراً علىٰ أن يحج علىٰ وجهٍ يصح ، فإذا أحرم ذلك الأجير عن مستأجِره ، ثم صرف الإحرام إلىٰ نفسه ، فالإحرام يقع عن مستأجِره ، وفي استحقاق الأجرة خلافٌ مشهور .

وعندي أن هـٰذه الضروب من المسائل شرطُها أن يكون العامل جاهلاً ، فإن علم المساقَىٰ . وقد شرط له جميع الثمار أن المساقاة فاسدة ، فالظاهر أنه يستحق أجرة المثل ؛ لأنه خاض في العمل علىٰ علمٍ بأنه لا يستحق الثمار ، فلم يكن عاملاً/ لنفسه . والله أعلم. ش ١٠٩

فَصْلٌ

قال : « ولو ساقىٰ أحدهما صاحبه نخلاً بينهما . . . إلىٰ آخره »[5] .

٥٠٢٨ـ إذا كان بين رجلين نخيلٌ نصفين ، فإذا تساقيا فيها علىٰ أن يعملا معاً ، ولأحدهما ثلثُ الثمرة ، وللآخر ثلثاها ، فلا شك في فساد المعاملة ؛ لأنهما استويا في

---

(١) (إذا) بمعنى (إذْ).

(٢) معدِن : المعدن : موضع استخراج الجوهر من ذهبٍ ونحوه . (معجم) .

(٣) النَّيل : ما ينال . وقد جرىٰ هـٰذا اللفظ علىٰ ألسنة الفقهاء اسماً لما ينال من المعدن .

(٤) في الأصل : استيفاء .

(٥) ر . المختصر : ٣/ ٧٦ .

العمل والمِلك ، فلا معنىٰ للتفاوت في الاقتسام ، بل الوجهُ القسمةُ علىٰ نسبة الملك ، وكأن الذي رضي بالثلث وهب من صاحبه ثلث ثمرة نصيبه ، وهي معدومة ، لم تخلق.

ولو كانت الثمرةُ موجودةً، لم تصح الهبة أيضاً؛ فإن الذي جرىٰ ليست صيغةَ الهبة.

ولو شرطا أن يعمل أحدهما ثلث العمل ، ويأخذ ثلث الثمرة ، ويعمل صاحبه ثلثي العمل ، ويأخذ ثلثي الثمرة ، فالمعاملة فاسدةٌ علىٰ كل حال ، ولو لم يكن فيها إلا اشتراكهما في العمل ، وقد مهدنا أن اشتراك المالك والعامل في العمل ـ إذا جرىٰ شرطاً ـ فاسدٌ مفسدٌ . ثم الثمار مقسومةٌ نصفين علىٰ نسبة الملك ، وصاحب العمل الكثير يرجع علىٰ شريكه بأجر مثل زيادة عمله .

وينتظم في ذلك عبارتان : **إحداهما** ـ أنه يرجع عليه بنصف أجر مثل ما زاد من عمله ؛ لأن عمله مِثلا [عمل][1] شريكه فيُحطّ مثلُ عمل الشريك ، وهو الثلث[2] فيكون قد زاد عليه بسدس العمل .

والعبارة الثانية ـ أنه يرجع عليه بأجر مثل ما زاد من عمله علىٰ ملكه ، وكلاهما يرجعان إلىٰ معنىٰ واحد .

ولو شرطا علىٰ أحدهما زيادةَ العمل وشرطا له الاقتصار علىٰ نصف الثمار أو علىٰ أقلَّ من النصف ، فهل يرجع بأجر مثل ما زاد من عمله علىٰ ملكه ، علىٰ شريكه ؟ فيه الوجهان المقدمان في نظائر هـٰذه المسألة .

فَصْلٌ

قال : « ولو ساقىٰ رجلاً نخلاً مساقاة صحيحة ، فأثمرت ، ثم هرب العامل. . . إلىٰ آخره »[3] .

٥٠٢٩ـ هـٰذه المسألة تداني مسألة هرب الجمال علىٰ ما سيأتي مشروحاً في كتاب

---

(١) في الأصل : علىٰ .

(٢) عبارة (ي) ، (هـ٣) : فيحط مثل عمل شريكه ، وهو السدس .

(٣) ر . المختصر : ٣/ ٧٦ .

الإجارة، إن شاء الله وحده . ولـكنا نذكر مساق المذهب هاهنا ، ونوضح ما في المساقاة من خواص ، فنقول : إذا عمل العامل في المساقاة بعضَ العمل ، وظهرت الثمار ، فهرب ، ولم يستتم العمل ، فإن كان للعامل مالٌ ، وكانت يد الحاكم ممتدةً إليه ، وسهل الاستئجار عليه ، فالحاكم يفعل ذلك إذا التمس منه مالكُ النخيل ، والسبب فيه أن المعاملة لازمةٌ ، والعملُ ديْن في ذمة المساقَىٰ ، ومهما امتنع مَنْ عليه الدينُ عن توفيته ، وتمكن الحاكم من أدائه من ماله أداه .

ي ١١٠ ثم إذا تيسر ذلك ، لم يملك ربُّ النخيل فسخَ المعاملة ، ونزل التمكن/ [مما][1] ذكرناه منزلة استمرار العامل على العمل .

وإن رأى السلطانُ أن يستقرض عليه من بيت المال ، أو من واحدٍ من عُرض الناس ، فهـٰذا يلتحق بما ذكرناه ، [فيقضي][2] العملَ ، وللعامل ما شُرط له من الثمرة ، وعليه ما استقرض الحاكم عليه .

٥٠٣٠ـ وإن تعذّر ذلك ، فلم يكن له مال ، ولم يرَ الحاكم الاستقراض من بيت المال، أو لم يكن في بيت المال مالٌ ، فإذا تحقق [التعذّر][3] ، فأول ما نذكره أن المالك لو أراد فسخ المعاملة ، كان له ذلك ؛ فإن تعذر العوض في المعاملات يثبت سلطانَ الفسخ .

فلو جاء متبرع أجنبي ، وقال : أنا أعمل [عنه][4] أو أستأجر من يعمل ، فلا [تفسخ][5] ، فإن رضي المالك بذلك ، جاز ، واستمر العقد ، وكان ذلك بمثابة ما لو أدىٰ أجنبيٌّ دينَ إنسان ، وقبِله مستحِق الدين ، فتحصل براءةُ الذمة . وإن كان الأجنبي غيرَ مأذونٍ من جهة من عليه الدين ، [فلا][6] يجد مرجعاً عليه إذا أدىٰ دينه .

(١) في الأصل : بما .
(٢) في الأصل : فينقضي .
(٣) في الأصل غير مقروءة، رسمت هكذا (التغرض). والمثبت من (ي)، (هـ٣).
(٤) ساقطة من الأصل .
(٥) في الأصل : ينفسخ .
(٦) في الأصل : ولا .

ولو بذل الأجنبي من نفسه الاشتغال بالعمل ، فامتنع عليه رب البستان ، وقال لا أرضىٰ بدخولك بستاني ، فله منعه ، وإذا منعه ، فله حق الفسخ ، كما قدمناه .

٥٠٣١ـ ولو دخل أجنبيٌّ البستان من حيث لم يشعر المالك ، وأكمل العمل المطلوب ، فهـٰذا فيه فضل نظر يبيّنه تقديمُ أصل مقصودٍ ، وهو أن الأعمال المطلوبة بعقد المساقاة إذا وقع الاستغناء عن بعضها ، مثل أن وقع العقد على السقي وغيره من ضروب الأعمال ، فأغنت الأمطار عن السقي ، فهل يستحق المساقَىٰ [تمام](1) ما شرط له ؟ أم كيف السبيل فيه ؟ **أولاًـ** إن وقع الاستغناء عن جميع أعمال المساقَىٰ ، أو عن معظمها ، فلا شك أن هـٰذا يؤثر ؛ إذ لو قلنا : لا أثر لذلك ، لزم أن يستحق ما شرط له من الثمر من غير عمل ، وهـٰذا محال ؛ فإنّ الجزء الذي شرط له قوبل استحقاقه بالعمل ، فيستحيل ثبوتُ استحقاقه دونه .

ثم يجري هـٰذا في المعظم .

ويعترض إشكال ، وهو أن التقسيم في الثمار ، وإبقاء بعضها ، وإسقاط بعضها ، ليس بالهيّن ، وليس ينقدح لي فيه وجه ، إلا نسبة أُجرة المثل إلى الأعمال حتىٰ يتبيّن أنه لو استتمها كم كان أجر مثله ؟ وإذا سقط بعض الأعمال ، فكم أجر مثله ؟ فينسب ما سقط من أجرة المثل إلىٰ جميعها ، وتضبط الجزئية ويسقط مثل ذلك من الجزء المشروط له من الثمار ، فإن كان الساقط نصفَ أجرة المثل ، سقط نصف ما شرط له من الثمار .

هـٰذا هو الوجه لا غير .

وقد يعترض في ذلك أن أعمال المساقَىٰ خارجةٌ عن الضبط ، بعضَ الخروج ، والجهالة متطرقةٌ إليها علىٰ حالٍ ؛ فإن من أعمالها السقيَ ، وهو لا يجري/ علىٰ نسق واحد في كل سنة ، فقد تزيد أعدادُ السّقيات ، ثم لا يقام لما يزيد مزيدُ عوض ، وقد تنقص أعدادُها لكثرة الأنداء ، ثم لا يُحطُّ لما ينقص . ١١٠ ش

(١) ساقطة من الأصل .

[فالقدر](١) الذي يتساهل فيه أهلُ الشأن ، ويرَوْن مقابلة الزائد فيه ـ لو مَسّت الحاجة ـ بالناقص لو أغنت الأنداء ؛ فذلك لا كلام فيه .

وهـٰذا عندي قريب الشبه بما يطلقه الفقهاء فيما يتغابن الناس بمثله [وقد لا يحتمل](٢) مثل هـٰذا في الإجارة . فما يتساهل أهلُ العرف فيه ، لم يؤثِّر سقوطُه في حطٍّ ، وما يسقطُ من العمل علىٰ ندورٍ ولم يكن مما يُتساهل في مثله ، فهو الذي فيه الكلام .

٥٠٣٢ـ ومما يعترض في ذلك أنه إذا عمل العامل بعضَ الأعمال وهرب ، وامتنع باقي العمل ، وأثبتنا حقَّ الفسخ ، فإذا فسخ المالك لا نقول : يستحق العامل جزءاً مما شرط له ويسقط جزء ، بل ينقطع حق الاستحقاق من الثمار بالكلية .

ولو جَرَيْنا علىٰ قياس الإجارة ، ونزّلنا الثمار منزلةَ الأجرة ، لأثبتنا بعضاً من الثمار ؛ فإن الإجارة إذا انقضىٰ بعضُ مدتها ، وطرأ في باقيها ما يوجب الفسخَ ، فإذا فسخت في البقية ، لم تنفسخ الإجارة فيما مضىٰ ، علىٰ ظاهر المذهب .

فأعمال المساقَىٰ لا تجري مجرى المنافع في الإجارة ، حتىٰ يقابَلَ [المنقضي](٣) منه بقسطٍ [من](٤) العوض المسمىٰ في المعاملة .

فإذا ثبت ذلك ، فلو سقط جملةٌ من أعمال المساقىٰ ، لا يُتسامح بمثله ، فلست أرىٰ إجراء هـٰذا علىٰ قياس حالة الفسخ ، حتىٰ يقال(٥) : إذا تبعض الأمر ، واستحال إثباتُ جميع المسمىٰ من الثمن ، فالرجوع إلىٰ أجر المثل ويسقط الاستحقاق من الثمن .

والفارق فيما أظن أن نماء الثمر قد حصل ، وسقط بعضُ العمل . والفسخُ مفروضٌ فيه إذا كان الثمر لا ينمو إلا بأعمالٍ تعذر صدورها من العامل ، وعسُر تحصيلها من

---

(١) في الأصل : القدر (بدون فاء) .
(٢) عبارة الأصل : وذلك لا يحتمل مثل هـٰذا .
(٣) في الأصل : المقتضي .
(٤) ساقطة من الأصل .
(٥) ساقطة من (ي) ، (هـ٣) .

جهته ، فإذا جرى الفسخُ ، فالوجه ما ذكرناه .

وإن قيل : إذا حصل بعض النماء بما تقدّم من العمل ، فكيف وجهُ إسقاطه ، وردّ الأمر إلىٰ أجر المثل ؟ قلنا : هـٰذه المعاملة مائلة إلىٰ مضاهاة القراض في النظر إلى العقبىٰ ، ومنقرض العمل ، فالذي[١] تحصّل إذاً أن الفسخ يوجب إسقاط الحق من الثمار ، نص عليه الأصحاب . وسقوطُ بعض الأعمال بالاستغناء عنه ما أراه كذلك . ومظنوني فيه ما ذكرته من اعتبار نسبة الثمار بنسبة أجر المثل ، وليس يبعد المصير إلىٰ سقوط الحق من الثمار ؛ فإن تبعيض الثمار عسر في وجه الرأي .

٥٠٣٣ـ وليس يصفو هـٰذا الفصل إلا باستتمامه ، فنقول : إذا عمل الأجنبي من حيث لا يشعر المالك ؛ فيمكن أن يكون هـٰذا بمثابة سقوط بعض الأعمال بإغناء السنة[٢] عنه ، ويمكن أن يقال : إذا أوقع الأجنبي/ العمل ، كان كما لو أوقعه العامل ، وهـٰذا هو الظاهر ، وبه يشعر كلام الأصحاب . ١١١ ي

وتمام البيان ، و[جُمَام][٣] الفصل أن الأئمة أجمعوا علىٰ أن المالك لو لم يفسخ ، وعمل بنفسه متبرعاً استحق العامل تمام ما سمي له ، ونزّلوا تبرعه بالعمل منزلة تبرع الأجنبي إذا رضي به المالك ، وقد يخطر للفقيه أن تبرع الأجنبي بمثابة أداء الدين ، وتبرع المالك ليس يضاهي هـٰذا المسلك ، ولـٰكن النصوصَ وأقوال الأصحاب متفقةٌ علىٰ ما ذكرناه .

ولو لم يعمل العامل شيئاً وتبرع المالك بجميع العمل ، فهـٰذا مشكلٌ ، وما أرى العاملَ مستحقاً في هـٰذا المقام ـ ولم يعمل شيئاً ـ وإن كنا ننزّل عملَ المالك متبرعاً كعمل الأجنبي ، فالمسألة محتملة .

فهـٰذا منتهى النظر ، وغاية المضطرَب فيما حضرنا .

---

(١) (ي) (هـ٣) : فإذا تحصل إذا .
(٢) السنة : المراد المطر والخصب . وهو هنا من أسماء الأضداد . فالسنة تستعمل أصلاً بمعنى الجدب . (معجم).
(٣) في الأصل : وختام .

٥٠٣٤ـ ومما يتعلق بأطراف الكلام في الفصل ، أن الحاكم لو أذن للمالك أن يستقرض على العامل الهارب ، وينفق على قدر الحاجة في استكمال العمل ، فهل يجوز ذلك ؟ فعلىٰ وجهين ، وكذلك لو أذن له أن ينفق من مال نفسه بشرط الرجوع عليه ، ففي المسألة وجهان : **أصحهما** ـ أن ذلك يجوز ، ثم يرجع على العامل ، إذا تمكن من الرجوع ؛ لأنه مؤتمنٌ من جهة الحاكم .

والثاني ـ لا يجوز ذلك ؛ لأنه يستحق إتمام عمل العامل ، ويستحيل أن يكون الإنسان مؤتمناً فيما يستحقه لنفسه علىٰ غيره ، وهٰذا بعينه يأتي في هرب [الجمال][(١)] ، فلم نطنب فيه ، وإنما أَغْرَقنا الكلام في خصائص المساقاة .

٥٠٣٥ـ ولو أنفق المالك بنفسه وفي البلد حاكم يمكن أن يراجَع ، وقصد بما ينفقه الرجوعَ به على العامل ، لم يجد مرجعاً ؛ لأنه ترك الاستئذان من صاحب الأمر ، مع القدرة ، ولو لم يكن [بتلك][(٢)] الناحية حاكم ، وصاحب أمرٍ يراجع ، فأنفق [المالك][(٣)] ، ففي رجوعه على العامل إذا وجده **ثلاثة أوجه** : **أحدها** ـ أنه لا يرجع ؛ لأنه لم يصدر إنفاقه عن أمر حاكم ، ولا عن إذن العامل ، ولم يفسخ أيضاً بل تمادىٰ على العقد ، فكان كالمتبرع ، ولو قصد التبرع ، لم يرجع .

والوجه الثاني ـ أنه يرجع ؛ فإن تخسيره لا وجه له ، ولا تقصير من جهته في ترك استئذانٍ ممكنٍ ، فاستحقاقه ، مع تحقق الضرورة يُثبت له سلطانَ الرجوع .

والوجه الثالث ـ أنه إن كان يُشهد[(٤)] علىٰ ما يُنْفق ، فيرجع ، ويتنزّل[(٥)] ذلك منزلة ما لو أذن الحاكم لو كان حاكم .

وإن لم يشهد ، مع القدرة على الإشهاد ، لم يجد رَجْعاً[(٦)] .

---

(١) في الأصل : المال.
(٢) في الأصل : مثل . وهو تصحيف عجيب .
(٣) في النسخ الثلاث : العامل .
(٤) (ي) ، (هـ٣) : قد أشهد .
(٥) عبارة (ي) ، (هـ٣) : وينزل منزلة إذن الحاكم ، لو كان الحاكم .
(٦) رَجْعاً ومرجعاً بمعنىً . تقول : رجع يرجع رجوعاً ، ورَجْعاً ومرجعاً . (مصباح) .

وفي كلام القاضي إشارة إلىٰ أن حق العامل إنما يسقط بالفسخ إذا لم تظهر الثمرة ، فأما إذا ظهرت الثمرة ، ففي كلامه تردد ظاهرٌ ، في أن الفسخ لو جرىٰ ، لم يتضمن إسقاطَ حق العامل من الثمرة بالكلية ؛ التفاتاً علىٰ ما ذكرناه في الإجارة ، ثم لا بد من سقوط البعض ، ولا مرجع فيه إلا ما مهدناه في صدر الفصل .

هـٰذا منتهى/ مرادنا في ذلك ، وبقية التقرير هو ما يشترك فيه العامل ، والجَمّال وسنذكره في كتاب الإجارة . إن شاء الله عز وجل . ١١١ ش

فصل

قال : « وإن عُلم منه سرقةٌ ، وفسادٌ ، مُنع من ذلك . . . إلىٰ آخره »[1] .

٥٠٣٦ـ إذا ادّعى المالك على العامل سرقةً وخيانةً ، فالقول أولاً قولُ العامل ؛ فإنه أمين ، والأصل عدم ما يدّعيه المالك ، فإن أثبت ذلك بالبينة ، أو بإقرار العامل ، لم يثبت للمالك حقُّ الفسخ ، كما إذا ظهرت خيانةٌ من المرتهن في الرهن ، لم يثبت للراهن حق الفسخ ، بل تُزال يدُ المرتهن ، ويعدّل الرهن ، ويُقرّ العقدُ .

ثم إذا أثبتنا الخيانة ، فقد قال المزني : يُكترىٰ عليه من يقوم مقامه ، وتزال يده عن النخيل . وذكر في موضعٍ آخر أنهُ يضم إليه من يعمل معه ، ويحفظه من الخيانة ، ولا تُزال يدُه .

فقال الأئمة : إن كان لا تنحسم خيانته بمراقبة من يراقبه ؛ لتهدّيه إلىٰ سبل الخيانة ، فإذا تبين ذلك ، أو غلب على الظن ، نُحّي ، علىٰ[2] هـٰذا يُحمل قول المزني ، حيث قال : « يكترىٰ عليه ، وإن أمكن تمكينُه من العمل مع درء خيانته بالمراقبة ، لم ينح ولم تُزل يدُه » .

فالمسألة علىٰ حالتين ، وليست علىٰ قولين .

---

(١) ر . المختصر : ٣/ ٧٧ .

(٢) (ي) ، (هـ٣) : وعلىٰ هـٰذا .

ثم قد يعترض في ذلك الكلامُ في [أجرة][(١)] مَنْ [يُشارفه][(٢)] ، وفيها إشكالٌ ؛ فإن الحاجة إلىٰ بذلها نشأت من قلة الثقة بالعامل ، وظهور الخيانة [منه][(٣)] ، ويبعد عندنا أن تكون هٰذه الأجرةُ محسوبةً عليه ، وهو يزعم أنه ليس يخون في المستقبل .

وإن كان يعترف بالتمادي على الخيانة مهما وجد فرصةً ، فيجب تنحيتُه ، والاكتراءُ عليه ، وإذْ ذاك يُستغنىٰ عن الرقيب وأجرتِه .

ولو لم تثبت خيانةٌ من العامل ، ولٰكن المالك اتّهمه ، فلا تُزال يده عن النخيل ، ولٰكن ينصب عليه المالك مشرفاً يطالع أحواله إن شاء ، ولا يرتاب الفقيه في أن نفقة الرقيب ومؤنته على المالك في هٰذا المقام إذا لم يظهر من العامل خيانة .

فَصْلٌ

قال : « فإن مات قام ورثته مقامه . . . إلىٰ آخره »[(٤)] .

٥٠٣٧ـ قد ذكرنا أن المساقاةَ عقدٌ لازم ، لا ينفسخ بموت العاقد ، ثم ننظر ، فإن مات رب المال ؛ أكمل العامل ما بقي من الأعمال ، واستحق المشروط له من الثمرة .

وإن مات العامل ، فالذي قدمناه من لزوم المعاملة يقتضي ألاّ يحكم بانفساخ المساقاة . وهٰذا هو الذي ذكره **المزني** ، وقطع به الأصحاب في طرقهم ، وهو الذي صححه **الشيخ أبو علي** .

وحكىٰ وجهاً غريباً عن بعض الأصحاب أن المساقاة تنفسخ بموت العامل ، وهٰذا وجهٌ ضعيف لا مستند له من أصل ؛ فإن الحقوقَ اللازمةَ إذا أمكن تحصيلها بعد الموت ، لم تنقطع بالموت ، فالذي حكاه غلط إذن ، غيرُ مُعتدٍّ به .

ي ١١٢ والوجه أن نقول إذا مات/ العامل ، لم يخْلُ : إما أن يُخلّف تركةً تفي بتحصيل العمل ، وإما ألاّ يُخلّف .

---

(١) في الأصل : أخرة .

(٢) في الأصل : مشارفه . ومعنىٰ يشارفه أي يطلع عليه ، ويدنو منه . (معجم) .

(٣) ساقطة من الأصل .

(٤) ر . المختصر : ٣/ ٧٧ .

فإن لم يخلف شيئاً ، لم يجب علىٰ [الورثة][(١)] تحصيل العمل ؛ فإن العمل كان ديناً في ذمته ، والمديون إذا مات لم ينتقل الدين إلىٰ ذمة وارثه . ولـٰكن لو أراد الوارث أن يتمم العمل بنفسه ، أو بمن يستأجره ، جاز له ذلك ، لثبوت عُلقة الاستحقاق في الثمار ، فإن استتم العمل ، صرفنا إليه الجزءَ المشروطَ له من الثمرة ، وإن أبىٰ أن يعمل ، فللمالك حقُّ الفسخ ، وقد قدمنا التفصيل فيه فيما تقدم ، وفرّقنا بين أن يكون ذلك قبل بُدوّ الثمرة أو بعدها ، وأوضحنا وجوه الرأي .

وإن كان خلّف تركة ، فالسلطان يحصّل بقيةَ العمل من التركة ، كما يؤدّي الديون منها .

وكذلك القول فيه إذا كان التزم في ذمته خياطةً ، أو صبغاً ، ثم مات ، فالأمر علىٰ ما ذكرناه في الفرق بين أن يخلّف تركةً وبين ألاّ يخلفها .

٥٠٣٨ـ ومما يتم به غرض الفصل ، وهو أصلٌ بذاته أن المساقاةَ حيث تُفرض [تصرفٌ][(٢)] [واردٌ][(٣)] على الذمة ، وحكمُ المعاملةِ الواردةِ على الذمة أن يكون تحصيلها على الملتزم ، فإن حصّلها بنفسه ، أو استأجر من يعمل ، فلا معترض عليه ، ولو شرط في المساقاة تعيين العامل[(٤)] ، حتىٰ يعمل بنفسه ، ولم يسوّغ له أن يستأجر ؛ فيجوز أن يقال : لا تصح المساقاة ؛ فإنّ هـٰذا تضييق ، والتضييق ينافي هـٰذه المعاملةَ ، وأمثالَها ، وتركُ تعرض الأصحاب يدل علىٰ أنهم لم يعتقدوا جوازَ المساقاة متعلقةً بعين العامل ، والمسألة محتملة علىٰ حال ؛ فإن المالك ربما لا يعتمد الأجراء ، ولا يرضىٰ بدخولهم البستان . وليس في التعيين [كبير][(٥)] تضييق أيضاً .

ثم لو قدرنا ورودَ المساقاةِ علىٰ عين العامل ، فلو مات ، انفسخت المساقاة بموته ، لا محالة ، فإنْ عمل غيرُه ، والمعاملة واردةٌ علىٰ عينه ، لا يسدّ مسدّ عمله .

---

(١) في الأصل : الوثرة . وهو تصحيف واضح ، حصل بالقلب المكاني .

(٢) في الأصل : يصور واردة .

(٣) في النسخ الثلاث : واردة .

(٤) «العامل» : أي «المساقى» والمعنى أن يشترط في العقد قيامه بالعمل بنفسه .

(٥) ساقطة من الأصل .

فَصْلٌ

قال : « ولو عمل فيها العامل ، فأثمرت ثم استحقها ربُّها . . . إلىٰ آخره »[١] .

٥٠٣٩ـ إذا استُحقت النخيلُ بعد تمام العمل ، وحصولِ الثمرة ، فلا يخلو إما أن تكون الثمرة قائمةً ، أو هالكةً .

فإن كانت باقيةً ، فهي للمستحِق ؛ لأنها حدثت من عَيْن مِلكه ، ولا حقّ للعامل فيها .

ثم قال الأصحاب : إذا أخذ المستحِق الأشجار والثمار ، وقد عمل العامل ، فلأصحابنا **طريقان** : منهم من خرّج أمرَه علىٰ قولين ؛ لأنه أتلف عمل نفسه ، غير أن الغاصب هو الذي استعمله ، فهل يرجع على الغاصب بأجرة مثل نفسه ؟ فعلىٰ قولين مأخوذين من أصل الغرور .

ومن أصحابنا من قطع بأنه يرجع على الغاصب ؛ لأن قولي الغرور إنما يجريان فيه إذا رجع الحظُّ من الإتلاف إلى المغرور ، فحينئذ نقول في قولٍ : لا يرجع ؛ لأنه المنتفع بما أتلفه ، فيبعد أن يجتمع له الانتفاع به [وحق][٢]/ الرجوع . ش ١١٢

وفي قول نغلّب حكمَ الغرور ؛ ونثبت الرجوعَ على الغار .

فأما العامل في مسألتنا ؛ فإنه لم يُتلف شيئاً له فيه حظٌّ ونصيب ، ولـٰكنه عمل ، ولم يقصِّر ، وإنما حمله على العمل الغاصبُ ، فوجب القطع بثبوت الرجوع عليه . هـٰذا إذا كانت الثمار قائمةً ، فردت على المستحِق .

٥٠٤٠ـ فأما إذا كانت الثمار تالفةً ، فالقول في ذلك ينقسم : فإن اقتسماها ، وتلف نصيب كل واحد منهما في يده ، فليقع الكلام أولاً في نصيب العامل .

فالذي ذكره معظمُ الأصحاب في الطرق : **الشيخ أبو محمد** ، **وصاحب التقريب** ، **والصيدلاني في مجموعه** ، **وصاحب التصنيف المعروف** ؛ أن المستحِق إذا غرَّم العاملَ

---

(١) ر . المختصر : ٣/ ٧٧ .

(٢) في الأصل : وهو .

ما تلف في يده ، فهل يرجع على الغاصب ؟ كان ذلك خارجاً على الترتيب المشهور في الغارّ والمغرور ؛ فإن العامل يدُه مترتبةٌ علىٰ يد الغاصب ، والغاصب سببٌ في تحصيل يده ؛ فكان في مرتبة الغارّ . وفصّل **الصيدلاني** ذلك ، فقال : إن تلف ما خصّ العاملَ في يده من غير إتلافٍ من جهته ، فطولب ، ضمن، ثم رجع على الغاصب قولاً واحداً . وإن أتلفه علىٰ [حكم][1] الغرور ، ففي رجوعه على الغاصب قولان ، كالقولين إذا قدّم الغاصبُ الطعامَ المغصوبَ إلىٰ ضيفه ، فأكله ، فجعل يده عند التلف بمثابة يد المستودَع من الغاصب ، وجعل إتلافه بمثابة إتلاف الضيف للطعامِ الذي قُدِّم إليه . هـٰذا ما ذكره هـٰؤلاء .

وأما **العراقيون** ، فإنهم قطعوا أقوالهم بأن الضمان يستقر على العامل في حصته التي [قبضها][2] ، سواء تلفت في يده ، أو أتلفها ؛ لأنه قبضه عوضاً ، وحكم العوض في المعاوضة الصحيحة أن يضمنه مَنْ قبضه ؛ فكانت يد العامل في حصته من الثمرة بمنزلة يد المشتري من الغاصب ، وقد قطعنا القول في كتاب الغصوب أن قرار الضمان فيما قبضه المشتري [على المشتري][3] ؛ فلا يتجه في القياس إلا ما ذكره هـٰؤلاء ، وهو الذي اختاره **القاضي** لنفسه ، وظن أنه غير مسبوقٍ بهـٰذا الاختيار . ولم يذكر **العراقيون** غيره .

هـٰذا قولنا في حصته إذا فرض [منه][4] قبضها عند اقتسام الثمار .

ولست أرىٰ لما ذكره أصحابنا[5] وجهاً ، إلا إخراجَ عوض المساقاة عن قياس الأعواض ، وهـٰذا غير متجه ، مع كونه عوضاً عن منافعَ مستحَقة ، في معاملة لازمة .

٥٠٤١ـ ولو تلفت الثمار على الأشجار قبل قطافها بجائحة ، أما الكلام في حصة العامل ، فعلىٰ ما ذكرناه/ ، وأما الكلام في الحصة الأخرىٰ ، فقد ذكر الأئمةُ ١١٣ ي

---

(١) ساقطة من الأصل .
(٢) في الأصل : قبضوا .
(٣) ساقط من الأصل .
(٤) في الأصل : فيه .
(٥) يريد المراوزة ، حيث جعلوا المسألة علىٰ قولين ، ولم يقطعوا قولهم كالعراقيين .

المراوزة ، **والعراقيون** في توجه المطالبة على العامل[1] خلافاً ، وقالوا : من أصحابنا من قال : لا تتوجه المطالبة على العامل ، وهو ظاهر كلام **المزني** ، ومنهم من قال : تتوجه المطالبة عليه ، وهـٰذا الخلاف في توجيه المطالبة أولاً ، لا في قرار الضمان .

ثم وجه الأئمة الخلاف بأن قالوا : لا تثبت اليد للعامل ؛ فإنه غيرُ مستحفظٍ بخلاف المودَع ؛ فإنه مستحفظٌ من جهة المودع ، واستدلّوا في ذلك بأن قالوا : لو جرت المساقاة مع المالك ، ثم سُرقت الثمار ، وكانت علىٰ رؤوس الأشجار بتقصيرٍ من العامل في الحفظ ؛ فلا ضمان عليه ؛ فإنا لا نكلّفه القيامَ بالحفظ ، وإنما نكلفه الأعمال المشهورة المؤثرة في تنمية الثمار .

فهـٰذا وجهُ من لا يضمّن العامل الآخذ من جهة الغاصب .

والوجه الثاني ـ أنه يضمن لثبوت يده ظاهراً حساً .

قال **القاضي** : قد ذكرنا تردداً في أنه هل يجب على العامل القيام بحفظ الثمار ، وهل يلتحق ذلك بالأعمال المشروطة عليه ، وهـٰذا الخلاف الآن دليلٌ علىٰ ذلك التردد الذي قدمناه ، فيجب أن نقول : إن ألزمناه الحفظَ ، توجهت عليه المطالبةُ ؛ إذ ترتبت يده علىٰ يد الغاصب ، وكان كالمستودَع من الغاصب ، وإن لم نُلزمه الحفظَ ، لم تتوجه عليه المطالبة .

وهـٰذا عندي كلام خارج عن الضبط المعتبر في مثل ذلك ، من **وجهين** : **أحدهما** ـ أن اليد وثبوتَها أمرٌ محسوس ، فتلقِّي ذلك من وجوب مؤنة الحفظ كلامٌ مضطرب ، فالثمار مما تثبت اليدُ عليها ، ويد العامل ـ من طريق الصورة ـ ثابتةٌ حسّاً ، وضرورةً ، ومن ثبتت يدُه علىٰ عينٍ مغصوبة فيستحيل بعد ذلك إبداءُ المراءِ في أنه هل يطالب أم لا .

وعندي أنه يجب القطع بوجوب الحفظ على العامل في الثمار ، حالةَ استمرار يده ؛ فإنا لا نجد صاحب[2] يدٍ في ملكِ غيره بجهةٍ شرعيةٍ ، إلا وهو مأمور برعاية حق الحفظ

---

(١) وجه المطالبة للعامل ـ وقد تلفت الثمار على الأشجار ـ أنها تكون تحت يده.
(٢) (ي) ، (هـ٣) : أصحاب .

[فيها][(١)] ، وهٰذا جارٍ في الوكيل بالبيع ، وفي المستأجِر في العين المستأجرة ، وفي المرتهن ، وغيرِه من أصحاب الأيدي .

نعم . إنما يظهر التردد في مؤنة الحفظ[(٢)] في صورة ، وهي أن العامل إذا كان يعمل نهاراً ، ويترك العمل ليلاً ، فإذا فارق البستان ، ولم يستخلف عليه ناطوراً ، حتىٰ سُرقت الثمار ، ولا يد للعامل ، فهٰذا فيه ترددٌ ، قد ذكرناه ، فيجوز أن يقال : يجب استخلافُ حافظٍ/ ، ويجوز أن يقال : لا يجب عليه . ١١٣ ش

فأما ما دامت يدُه ثابتةً في زمان عمله ، فكيف يستجيز المستجيز أن يسوّغ له الإغضاء علىٰ سرقة من يسرق ، مع التنبّه لذلك ؟ أم كيف يجوز ألا يتكلف بذلَ المجهود في الحفظ ما استمرت يدُه في مدة العمل ؟ وكيف يستقيم أن يُتمارىٰ في اليد المحسوسة ، لزللٍ وخطأٍ في أن الضمان هل يجب على العامل لو قصر في الحفظ . فيجب إذاً على القاعدة توجيه الطّلبة على العامل من جهة المستحِق المغصوب منه لتحقق اليد .

٥٠٤٢ـ ومما يتفرع عليه ، أن الأشجار في أنفسها لو تلفت تحت يدِ العامل ، أو تلف بعضها ، فلا حظ ، ولا حصةَ للعامل في رقاب الأشجار ، وقد أجراها الأئمة مجرى الثمار الواقعة في حكم المعاملة حصةً للمالك ، فترددوا في توجيه المطالبة حَسب ما ذكرناه ، وبنَوْا الأمرَ فيه علىٰ مؤنة الحفظ ، وقد أوضحنا أن ذلك كلامٌ مضطرب ، ووجه ردِّه إلىٰ سَنن التحقيق ما ذكرناه .

ومن بديع ما ذكره الأصحاب الذين لم يثبتوا للعامل في حصته من الثمار يدَ قرارِ الضمان ، أنهم قالوا : الكلام في حصة العامل إذا تلفت الثمار بالجوائح قبل القطاف ، يجوز أن يخرّج علىٰ ما ذكرناه في حصة المالك ؛ لأن اليد غيرُ ثابتةٍ قبل القطاف ، والإحراز .

---

(١) ساقطة من الأصل .

(٢) في (ي)، (هـ٣): «في ثبوته في صورةٍ. . .».

وهٰذا في نهاية البُعد ؛ فإنه فرع أصلين ضعيفين جاريين غلطاً وخطأ[1] ، **أحدهما** ـ التماري في اليد المحسوسة . **والثاني** ـ التغافل عن ضمان العوضية في حق العامل ، في مقدار حصته ، فوقع الفرع بعيداً بصدَره[2] عن هٰذين الأصلين .

٥٠٤٣ـ ولو جنى العامل الثمارَ ، وردّها إلى المخزن[3] ، فقد رأيت الطرقَ متفقةً علىٰ ثبوت اليد على الحقيقة ، وهٰذا صحيح ، ولٰكن لا معنىٰ لتخيل [الفرق بين][4] هٰذه الحالة ، وبين حالة قيام الثمار على الأشجار .

ومن أخذ ما ذكرناه من التردد في توجيه الطَّلِبة من القول في مؤنة الحفظ ، لزمه أن يتردد في مؤنة الحفظ بعد الرد إلى الجرين ؛ إذ لا فصل ، واليد ثابتة حساً في الموضعين ، فلا وجه إلا القطعُ بقرار الضمان في حصة العامل عليه .

ثم يجب القطع بتوجيه المطالبة بما ليس حصتَه ، ثم الكلام في أنه فيما ليس حصتَه إذا طولب عند الفوات يرجع على الغاصب رجوع المستودَع عليه .

وللعراقيين طريقة ذكرناها في كتاب الغصب ، في أن المستودَع من الغاصب إذا ضمن ما تلف في يده للمغصوب/ منه ، فهل يرجع على الغاصب ؟ أم يستقر الضمان عليه تنزيلاً لليد منزلة الإتلاف ؛ من جهة أنها تضمَّن كما يُضمَّن الإتلاف ؟ هٰذا مختلفٌ فيه عندهم ، وهو مجانب لطريقة **المراوزة** ، ثم يجب طرد قياسهم فيما ليس حصةً للعامل إذا تلفت تحت يده .

ي ١١٤

هٰذا بيان حقيقة المسألة ، وقد اتفقت فيها عثرات وغلطات متداركة لأصحابنا **المراوزة** . والتردد في اليد والثمار على الأشجار ، مما استوىٰ في الغلط فيه **المراوزةُ** ، **والعراقيون** . وهٰذا قبيحٌ ، وأخْذ ذلك من مؤنة الحفظ زللٌ آخر ؛ فإنَّ الأمر مفصلٌ فيه عندنا ، كما قدمناه . ولسنا علىٰ ظنٍّ في جميع مَا نبهنا عليه ، بل الأمر مقطوع به .

---

(١) في الأصل : أو خطأ .
(٢) صَدَره : أي صدوره . وهٰذا استعمالٌ شبه دائم لإمام الحرمين لهٰذا المصدر .
(٣) (ي) : الجرين .
(٤) في الأصل : الفرقة من .

فصل

قال : « وإن ساقاه علىٰ أنه إن سقاها بماء سماء أو نهر . . . إلىٰ آخره »[١] .

٥٠٤٤ـ صورة المسألة أن يقول المالك للعامل : ساقيتك علىٰ هـٰذه النخيل علىٰ أنك إن سقيتها بماء سماءٍ أو نهر ، فلك الثلث ، وإن سقيتها بالنَّضح ، فلك النصف ، فالمعاملة فاسدةٌ علىٰ هـٰذا الوجه ؛ لمكان التردد الذي فيها ، وشرط المعاملة الجزمُ ، وبتُّ القول في تقدير العوض .

وقد قال الأئمة : لو قال رب المال للمقارض : إن اتّجرت في البز ، فلك ثلث الربح ، وإن اتَّجرت في الطعام ، فلك نصف الربح ، فالقراض فاسد علىٰ هـٰذا الوجه ، فإذا فسد القراض مع جوازه ومشابهته الجعالة باحتمال[٢] الجهالة ، وإطلاق الأعمال من غير ضبطٍ بوقت ، فلأن تفسد المساقاة أوْلىٰ .

٥٠٤٤/ م ـ ثم ذكر **المزني** تفصيلَ القول في أجرة الأجراء ، وأنها على العامل أو على المالك ، وقد فصلتُ القولَ في هـٰذا في باب الشرط في الرقيق ، فلا أُعيده .

ومما جدده **القاضي** في الأجراء صورةٌ أراها مضطربة، فأنقلها، وأبين التحقيق فيها .

قال : ولو قال المالك : ساقيتك ، ولك الثلث من الثمار ، والسدس فيها[٣] إلىٰ تتمة النصف للأجراء .

قال : « هـٰذا صحيح » . وهـٰذا مختلٌّ ، والخلل من الناقل ، فإن إضافة جزء من الثمار إلى الأجراء باطل ؛ فإنهم ليسوا في عقد المساقاة، وإنما تضاف الثمار إلى المالك بحكم الأصل أو إلى العامل بحكم العمل . نعم، لو أضاف النصف من الثمار إلى العامل، ثم ذكر أن مؤنة الأجراء عليه ، فهـٰذا جائز .

ولو أجرىٰ قبل العقد أو بعده في معرض [المفاوضة][٤] أني زدتك سدساً ، وحقُّك

---

(١) ر . المختصر : ٣/ ٧٧ .
(٢) في (ي)، (هـ٣): في احتمال.
(٣) في (ي)، (هـ٣): منها.
(٤) في الأصل : المعاوضة .

الثلث ، لتتحمّلَ مؤنةَ الأجراء ، فهـٰذا ـ إذا لم يُجره شرطاً ـ كلامٌ لا يقدح في العقد .

ش ١١٤ وقد ذكرتُ أن إطلاق المساقاة توجب قيام العامل بالأعمال المنمِّية للثمار كلها/ ، وإنما تنصرف مؤنة الأجراء عند بعض الأصحاب إلى المالك بالشرط، كما قدمناه مفصلاً .

فَصْلٌ

قال : « ولو ساقاه علىٰ وديٍّ[1] ، لوقت يعلم أنها لا تثمر إليه، لم يجز. . . إلىٰ آخره »[2] .

٥٠٤٥ـ مقصود هـٰذا الفصل تحصره مسائل : منها ـ أن يقول المالك في وديٍّ مغروس لرجلٍ : ساقيتُك علىٰ هـٰذا الوديّ ، لتعمل عليها ، وذكر مدةً يُعلم أنها لا تثمر في مثلها ، وإنما يدخل أوان إثمارها وراء تلك المدة ، وجرىٰ في لفظ المساقاة شرطُ شيء من ثمارها للعامل ، فهـٰذه المساقاة فاسدة ؛ فإنها مستندةٌ إلىٰ شرط شيءٍ لا يكون للعامل .

ثم إذا عمل العامل ، فهل يستحق أجر المثل على المالك ؟ قال الأئمة : إن علم العامل أنها لا تثمر في المدة المذكورة في المعاملة ، ففي استحقاقه أجر المثل وجهان : **أحدهما** ـ أنه لا يستحقه ؛ لأنه شرع في العمل شروع من لا يشك أن ما شرطه له لا يكون ، فكان قانعاً بإحباط عمله ، غيرَ خائضٍ فيه على اعتقاد استحقاق عوض .

والوجه الثاني ـ أنه يستحق أجرة المثل ، وهو اختيار **ابن سريج** وتعلق هـٰؤلاء بلفظ المساقاة والمعاملة ؛ فإن متضمنه إلزام عملٍ في مقابلة عِوض ، فلئن كان لا يثبت ذلك العوض ، فهو عبارة عن استحقاق عوضٍ ممكنٍ ، وهو أجر المثل .

هـٰذا إذا كان العامل عالماً بأن الوديّ لا يثمر في تلك المدة ، فإن ظن أن الوديّ يثمر

---

(١) الوديّ : علىٰ فعيل صغار الفسيل . الواحدة : وديّة . (المصباح).

(٢) ر . المختصر : ٣/ ٧٨ . وفي الأصل : لا تثمر. . . الفصل. إلىٰ آخر .

في تلك المدة ، فالذي ذهب إليه الأئمة أنه يستحق أجرة المثل في هـٰذه الصورة [وجهاً واحداً][١] لمكان الظن .

ومن أصحابنا من طرد الخلاف الذي ذكرناه في استحقاق أجر المثل ، والتفصيل أفقه وأحسن .

٥٠٤٦ـ ومن مسائل الفصل أن تقع المساقاة في مدة يعلم أنها تثمر في السنة الأخيرة منها ، أو في سنتين في آخر المدة ، فهـٰذا مثل : أن يعامله على العمل فيها عشرَ سنين ، ويعلم أنها إن بقيت ، وسلمت عن الآفة ، ستثمر في سنتين من آخر المدة ، فقد أجمع الأصحاب علىٰ صحة المساقاة ، وجعلوا هـٰذه السنين وإن خلا [معظمها][٢] عن الإثمار كالسنة الواحدة في النخيل المثمرة .

ثم إذا حصل الثمر ، فليس للعامل إلا ما شُرط له .

ولو أصابت الثمار آفةٌ وجائحةٌ ، فلا حق للعامل ، كالمساقاة على النخيل المثمرة ، فإن الجوائح إذا اجتاحت ثمارها ، لم يستحق العاملُ شيئاً من أجر المثل ، وكان كالعامل في القراض إذا لم يربح ، فإنه لا يستحق شيئاً .

ولو كنا نعلم أن الوديَّ يثمر في السنة الأخيرة ، من المدة المضروبة ، وكنا لا نقدّر أنها تثمر[٣] قبل السنة الأخيرة ، فإذا اتفق الإثمار في سنة على النُّدور ، وكان قد شرط للعامل جزءاً من الثمار الحاصلة في المدة ، ولم يقع التخصيص بثمار/ السنة الأخيرة ، فالعامل يستحق الجزءَ المشروطَ له من ثمار السنة النادرة ، كما يستحق من السنة الأخيرة . ١١٥ ي

٥٠٤٧ـ ولو ساقىٰ مالك النخيل رجلاً سنين، وكانت النخيل تُثمرُ إن لم تُصبها جائحة في كل سنة ، فإن عُقدت المعاملة علىٰ أن يستحق العامل جزءاً من ثمرة كل سنة ، جاز ذلك في السنين ، جوازَه في السنة الواحدة .

---

(١) ساقط من الأصل .
(٢) في الأصل : معظم أواخرها .
(٣) (ي) ، (هـ٣) : لا تثمر .

وإن قال مالك النخيل المثمرة : ساقيتك ثلاث سنين على العمل[1] فيها ، وليس لك إلا ثلث الثمرة في السنة الأخيرة ، وتخلُص الثمرة لي في السنة الأولىٰ والثانية ، فهٰذه المعاملة فاسدة ، قطع بفسادها المحققون .

وسبب الفساد أنه أثبت لنفسه الاستبدادَ [بثمار][2] سنةٍ ، أو سنتين ، وإن كان عمل العامل جارياً فيها ، وخصّص استحقاقه بسنة ، وهٰذا بمثابة ما لو عامله ، وشرط أن يعمل علىٰ جميع النخيل ، ولا يستحق إلا النصف من بعض أنواع النخيل، وهٰذا ممتنع غيرُ سائغٍ كما تقدم .

٥٠٤٨ـ ولو ساقاه على الوديّ ، علىٰ جزءٍ من الثمار في السنة الأخيرة ، وإنما خصص السنةَ الأخيرة [بالذكر][3] بناءً علىٰ أن الثمرة إنما تقع فيها ، فإذا اتفقت الثمرة في سنة أخرىٰ قبلها ، فالذي ذهب إليه الأئمة صحةُ المساقاة في هٰذه الصورة ، ولم يجعلوها كالمساقاة على النخيل التي تثمر في السنين مع التخصيص بجزءٍ من ثمار بعض السنين .

وبنىٰ[4] الأئمة علىٰ مسألة الوديّ وجوبَ الوفاء بالشرط وتخصيصَ الاستحقاق بثمار السنة الأخيرة ، علىٰ حسَب الشرط ومقتضاه ، والفرق ظاهر علىٰ رأي الأئمة لا غُموضَ فيه .

ولٰكن في مسألة الودي ضربٌ من الاحتمال؛ من جهة أن هٰذه المعاملة لا تحتمل انفرادَ المالك بثمار سنة[5] لا حظَّ للعامل فيها .

وكان[6] يجوز أن يقال : كان من حق مالك الودِي ألا يخصص استحقاق العامل بثمار السنة الأخيرة ، بل يطلق لجواز أن يتّفق إثمارٌ في سنةٍ قبل السنة الأخيرة .

---

(١) (ي) ، (هـ٣) : علىٰ أن تعمل .
(٢) في الأصل : بثماره .
(٣) ساقطة من الأصل .
(٤) (ي) ، (هـ٣) : ثم بنىٰ .
(٥) (ي) ، (هـ٣) : سنين .
(٦) (ي) ، (هـ٣) : فكان .

٥٠٤٩ـ ومن مسائل الفصل أن يساقي مالكُ الودِي العاملَ مدةً ، ويغلب على القلب إثمارها فيها ، ولا ينتهي الأمر إلى الاستيقان ، فكيف الوجه في ذلك ؟

جمع الأئمة هـٰذه الصورة إلى الأخرىٰ ، وهي أن تكون المدة المذكورة بحيث لا يغلب على القلب إثمارُ الودِيّ فيها ولـٰكن كان لا يبعد أن يثمر ، وما نذكره يرجع إلى المدة ، لا إلىٰ تقدير السلامة من الجائحة والآفة ؛ فإن الجوائح ممكنة في النخيل الباسقة .

فليفهم الفاهم أن هـٰذا التردد محمول علىٰ قصر المدة وطولها .

ثم حاصل ما ذكره الأصحاب في الصورتين اللتين ذكرناهما **طريقان** : منهم من قال : إن كان/ لا يغلب على القلب إثمار الوديّ في تلك المدة ، فالمساقاة فاسدة ، ١١٥ ش وإن كان يغلب على الظن إثمارُها، ولـٰكن لا ينتهي الأمر إلى الاستيقان ، ففي صحة المساقاة وجهان .

وهـٰذه الطريقة غيرُ مرضية، والصحيح عكسها ، فنقول : إن غلب على الظن الإثمار ، صحت المساقاة وجهاً واحداً ، وإن لم يغلب على الظن ، ولـٰكن الإثمار كان ممكناً ، فعلىٰ وجهين .

وإنما رأينا القطع بالتصحيح عند الغلبة على الظن ؛ لأن الحكم للأعم الأغلب ، في مثل ذلك . والدليل عليه أن من أسلم في جنسٍ يغلب على الظن وجودُه في محله ، فإن السلم يصح ، كما يصح الإسلامُ فيما يستيقن وجودُ جنسه حالةَ المحل .

وإذا تبين ما ذكرناه في الصحة والفساد ، فنقول وراء ذلك : إن صححنا المساقاة ، فإن اتفقت الثمار ، فللعامل ما شُرط له منها ، لا شيءَ له غيرُه . وإن لم يتفق الإثمار في تلك المدة ، فقد خاب العامل، ونزل عدمُ الإثمار في المساقاة التي حكمنا بصحتها منزلة عدم الثمار بالجوائح في النخيل المثمرة .

وإذا حكمنا بفساد المساقاة فللعامل أجر المثل ، أثمرت الودي ، أو لم تثمر ، ونقطع بأنه يستحق أجرَ المثل إذا كان علىٰ رجاء من وجود الثمار . وإنما الخلاف فيه إذا عُلم أن الثمار لا تكون وقنع بشرط جزءٍ من الثمار ، ففي استحقاقه الأجرةَ الخلاف المقدم .

وللقاضي تفصيلٌ ، لم أره لغيره ، وذلك أنه قال : إذا [استوىٰ][(1)] الاحتمالان في وجود الثمار ، ففي الفساد ، والصحة وجهان ، وإن ترجّح ظنُّ العدم ، فالقطع بالفساد .

وهـٰذا حسنٌ . ويُحتمل المصير إلى الصحة بمجرد الإمكان ، وإن كان الغالب على الظن ألا تكون الثمار . وهـٰذا ما ذكره الأصحاب . فليتأمل الناظر المنازلَ والمراتبَ ، فقد نبهنا عليها فلا نعيد ترتيبها .

٥٠٥٠ـ ومن مسائل الفصل أن يدفع المالك ودِيّاً إلى العامل ليغرسه وينميه مدةً ، ستثمر في آخرها إن علقت ، فالذي ذهب إليه جماهير الأصحاب فسادُ المعاملة ؛ فإن ابتداء الغراس ليس من أعمال المساقاة، وإنما أعمالها تنميةُ أشجارٍ مغروسةٍ ، والمطلوب ثمارها ، وهـٰذا يضاهي في هـٰذه المعاملة ما لو قال المالك للمقارَض : بع هـٰذه العروض و[قد][(2)] قارضتك علىٰ أثمانها إذا نضّت .

هـٰذا مسلك الأصحاب .

وقد حكىٰ شيخي وجهاً في تصحيح المساقاة ، وهـٰذا مزيّفٌ ، غير معتدٍّ به ، ولـٰكن ذكره صاحب التقريب ، كما حكاه شيخي .

وتمام القول في ذلك أنا إن قلنا : لا تصح المساقاة ، فلا كلام .

وإن قلنا : تصح المساقاة على الثمار التي ستكون في آخر/ المدة ، فلو قال : اغرس هـٰذا الوديّ ، ونمّه ، علىٰ أن لك الثلثَ من أعيان هـٰذه الأشجار ورِقابها ، فالذي قطع به الأئمة في الطرق فسادُ هـٰذه المعاملة ؛ فإن مبناها على استحقاق فوائد الأشجار ، لا على استحقاق جزء من أعيانها . وذكر صاحب التقريب [وجهاً][(3)] في صحة المعاملة علىٰ هـٰذا الوجه ، في الودِيّ والفسيل ، فإنّ تعلّق[(4)] الودي هو مقصودُ

ي ١١٦

---

(١) في الأصل : اشترىٰ .
(٢) ساقطة من الأصل .
(٣) في الأصل : وجهين .
(٤) تعلّق الودي : أي نشوبها في الأرض ، وتشبثها بها ، كنشوب الجنين ، وقراره في الرحم . (ر . المعجم) .

المعاملة ، فكانت أعيانها بمثابة الثمار ، إذا كان العامل يسعىٰ في تحصيلها .

ثم قال **صاحب التقريب** : لا يضر وجودُ أعيانها حالة العقد ؛ فإن الثمار قد تكون موجودة حالة عقد المساقاة ، كما ذكرنا ذلك في أول الكتاب .

فهٰذا بيان مسائل الفصل .

فصل

قال : « وإن اختلفا بعد أن أثمرت النخيل . . . إلىٰ آخره »[١] .

٥٠٥١ـ إذا اختلف العامل ورب النخيل في المشروط من الثمار للعامل ، فقال رب النخيل : شرطتُ لك الثلث ، وقال العامل : بل النصفَ ، فإذا لم يكن في الواقعة بيّنة ، فإنهما يتحالفان ، ويفسخ العقد بالتحالف ، وترتدُّ الثمار بجملتها إلىٰ مالك النخيل ، ويرجع العامل بأجر المثل ، وإن كان أكثرَ من قيمة نصف الثمار .

فأما إذا كان في الواقعة بيّنةٌ ، فإن انفرد أحدهما بإقامة البيّنة علىٰ ما يدّعيه ، قُضي له بموجبها على[خصمه][٢] ، وإن أقام كل واحد منهما بيّنةً علىٰ وَفْق دعواه ، وليقع الفرض فيه إذا [تعرضت][٣] البيّنتان لتعيين الوقت الذي جرى العقد فيه علىٰ وجهٍ لا يمكن حمل البينتين علىٰ عقدين ، فإذا جرى العقدُ كذلك ، ففي المسألة **قولان مشهوران** : **أصحهما** ـ الحكم بتهاتُر البيّنتين ، ورَدُّ الأمر إلىٰ خلوّ الواقعة عن البيّنة ، ولو خلت عنها ، كنا نحكم بتحالفهما ، فالأمر إذن كذلك .

والقول الثاني ـ أن البينتين تستعملان، ثم في استعمال البيّنتين في غير هٰذه الواقعة **أقوال** : **أحدها** ـ القسمة . **والثاني** ـ الوقف . **والثالث** ـ القرعة ، علىٰ ما سيأتي في كتاب الدعاوىٰ، إن شاء الله تعالىٰ .

فأما قول الوقف ، فلم يُجره الأصحاب هاهنا ، وفيه فضل نظرٍ ، سيأتي في

---

(١) ر . المختصر : ٣/ ٧٨ .

(٢) في الأصل ، (هـ٣) : حصته . والمثبت من (يَ) .

(٣) (ي) ، (هـ٣) : تعارضت .

الدعاوىٰ . وأجرَوْا قولَ القرعة ، فمن خرجت له القرعة ، فاز . وهل يحلف مع القرعة ؟ فعلىٰ **وجهين** .

والأصح أنه لا يجري قولُ القسمة .

ومن أصحابنا من قال : يثبت للعامل ما حصل الاتفاق عليه ، وهو الثلث مثلاً ، والمتنازع الزائد يقسّم بين الدعويين فيسقط نصفُه ، ويثبت نصفه . وهـٰذا بعيدٌ .

٥٠٥٢ـ ولو ساقىٰ رجلان رجلاً ، فادعى العامل أنهما شرطا له النصف ، فصدقه أحدهما ، وكذبه الآخر ، فيثبت نصيبه علىٰ موجَب التصديق على المصدِّق ، ويعود الخلاف والنزاع إلى المكذِّب والعامل ؛ فيتحالفان ، ويرجع عليه بنصف[1] أجر مثل عمله .

فلو شهد المصدّقُ من المالكيْن على المكذّب للعامل ، قبلت شهادتُه ؛ إذ لا تهمةَ ، ولا معنىً يوجب ردَّ شهادته/ . ش١١٦

ثم ذكر **المزني** أن رجلين لو ساقيا رجلاً ، وشرط أحدهما له النصفَ من نصيبه ، وشرط الثاني له الثلث ، فإن تعيّن مقدار نصيب كل واحد منهما للعامل ، صح ذلك . وإن لم يبن له مقدارُ نصيب كل واحد منهما ، وقد جرى الشرطُ على التفاوت ، فالمعاملة فاسدة . وقد ذكرنا ذلك ، ونظائره فيما سبق ، وأوضحنا تعليله بما فيه مقنع ، فلا حاجة إلى الإعادة .

وقد نجزت مسائل الكتاب .

فَرْعٌ : ٥٠٥٣ـ قد رمزنا في صدر الكتاب إلىٰ تردُّدِ الأصحاب في أن الخرْص هل يجري في حكم المساقاة ؟ فالذي مال إليه الأكثرون أن الخرص يجري في المساقاة [بين][2] المالك والمساقَىٰ ، وهـٰؤلاء استدلّوا بحديث **عبد الله بن رواحة** ، لما خرص علىٰ **أهل خيبر** ، بأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولم يكن خرصُه لأجل الزكاة ؛

---

(١) (ي) ، (هـ٣) : بمثل .
(٢) في الأصل : من .

فإن أهل خيبر كانوا يهوداً ، لا زكاة عليهم ، فدلّ [علىٰ][1] أن الخرص كان في حكم المساقاة . ومن أصحابنا من قال : لا يتعلّقُ في المساقاة بالخرص حكمٌ ، وحمل ما جرىٰ علىٰ معاملةٍ بين المسلمين والكفار ، لا يجوز فرض مثلها بين المسلمين بعضهم مع بعض .

فإن أثبتنا للخرص حكماً ، فقد تقدم قولان في كتاب الزكاة ، في أن الخرص عِبْرةٌ ، أو تضمينٌ ، وأوضحنا أنا إذا جعلنا الخرص عبرةً ، فليس يتعلّق به حكمٌ محقّق . وإذا جعلناه تضميناً ، فأثره قطعُ تعلّق الزكاة عن عَيْن الثمار ، وردُّها إلىٰ ذمة من عليه الزكاة ، وتسليطُه على التصرف في الثمار بجملتها ، حتىٰ كأنا ننقُل حقَّ المستحقين من عين الثمار إلى الذمة .

فمن أثبت للخرص حكماً في المساقاة ، فقد يعتقد أن حصة المالك بعد تقدير التَّجفيف تنقلب إلىٰ ذمة العامل المخروص عليه ، وتصير الثمار بجملتها ملكاً له ؛ لضمانه حصةَ المالك .

وهـٰذا لا يجترىء على القول به إلا جسورٌ ؛ فإنّ قطعَ ملك المالك عن أعيان الثمار ، وردَّه إلىٰ ذمة العامل ، من غير معاوضة يهتدي إليها محالٌ ، وليس كالزكاة ؛ فإن الأصل في ملك النصاب المالك ، والزكواتُ حقوقٌ معترِضةٌ . وقد نقول : الأصح أنها لا تتعلق بالمال تعلق استحقاق ، فردُّ الزكاة إلى الذمة علىٰ شرط الضمان ، لا يبعد كلَّ البعد .

وإن قلنا في المساقاة : أثر الخرص أن يتقدر نصيب المالك على العامل ، حتىٰ لو ادعىٰ نقصاناً مفرطاً ، عما حزره الخارص تقريباً ، لم يُقبل منه ، إلا أن تعترض جائحة وآفةٌ ، فهـٰذا أقرب من نقل حق المالك من العين إلى الذمة ، وتمليكِ العامل جميع الثمار ، وهـٰذا يضاهي تفريعَنا علىٰ قول العبرة في حق الزكاة .

فهـٰذا ما أردناه في ذكر الخرص ومعناه .

---

(١) ساقطة من الأصل .

ومن امتنع من تأثير الخرص في المساقاة فسببُ امتناعه غموضُ أثره في العِبرة ، والتضمين ، كما أشرنا إليه .

ي ١١٧ **٥٠٥٤**ـ ثم إن جعلنا للخرص أثراً ، فالخرص/ يجري في النخيل والكرم ، [وجرت][1] المساقاة فيها ، وهل يجري الخرص فيما عداهما من الأشجار ؟ فعلىٰ **قولين** . ولذلك خرّجنا المسألة في المساقاة علىٰ سائر الأشجار علىٰ قولين .

فإذا أثبتنا الخرص وتأثيره ، اعتقدناه أمراً مرعيّاً ، وأصلاً معتبراً في تصحيح المساقاة . والله أعلم بالصواب .

وإن لم نثبت للخرص أثراً ، فيليق[2] بهـٰذا القول تجويز المساقاة علىٰ جميع الأشجار ، وإن افترقت في جريان صورة الخرص عادةً وإمكاناً .

٥٠٥٥ـ ومما نلحقه بآخر هـٰذا الفصل أن الثمار إذا وجدت ، فالمشروط للعامل منها مملوكٌ له ، ولا يتوقف جريان ملكه فيه على استكماله الأعمالَ المشروطةَ عليه ، وليست الثمار في ذلك بمثابة الأرباح في القراض ؛ إذا[3] اختلف القول فيها ، و[أن][4] العامل هل يملك حصته منها بالظهور .

وهـٰذا الذي ذكرناه مأخوذ من فحوىٰ كلام الأئمة في الطرق ، والسبب فيه أن [من][5] منع ثبوتَ الملك للعامل في القراض تمسك **بحرفين** : **أحدهما** ـ أن الربح وقايةٌ [لرأس][6] المال ، وهـٰذا المعنىٰ لا يتحقق في الثمار ، بالإضافة إلى الأشجار ؛ فإن الأشجار لو عابت في أنفسها لآفةٍ أصابتها ، لم يُجبر نقصانها بالثمار .

---

(١) في الأصل : فجرت .
(٢) في الأصل : فلا يصح ، فيليق .
(٣) كذا في النسخ الثلاث : «إذا» وهي بمعنى (إذ) .
(٤) في الأصل : وأنا .
(٥) سقطت من الأصل .
(٦) في الأصل : «برأس» .

ومن أصحابنا من عوّل في الربح علىٰ تنزيله منزلة الجُعل في الجعالة ؛ من حيث لا تنضبط أعمال المقارَض في معاملة جائزة وهـٰذا لا يتحقق في المساقاة ؛ فإن الأعمال فيها إلى الضبط ، وهي لازمة لا يملك العامل التخلص منه اختياراً .

فَرْعٌ : ٥٠٥٦ـ أجرى **القاضي** في أثناء المسائل كلاماً متعلقاً بالعاريّة أحببنا نقله ، وإن لم يكن من مسائل المساقاة .

قال : إذا وهب الرجل نَيْلَ معدنٍ مملوكٍ له ، في مدةٍ من واحدٍ ، ليعمل عليه ، ويكونَ له ما يستخرج منه ، فالهبة فاسدة في نص **الشافعي** ؛ لأنها هبةُ [مجهولٍ][(١)] ، وليس كما لو أعار المالك من إنسانٍ عبدَه أو دارَه ، وترك العين في يده من غير إعلام وضبطٍ ؛ فإن المستعير يملك المنافع مدةَ اتّفاق بقاء العين المستعارة في يده ، وهـٰذا في التحقيق هبةٌ ومنحةٌ [في][(٢)] مجهول .

ثم فرّق ، فقال : المنافع في وضع الشرع جعلت كالأعيان الموجودة ، وجاز إيراد المعاوضة عليها ، كما يجوز إيراد ذلك في الأعيان الموجودة ، فكذلك يجوز أن تكون كالأعيان الموجودة في عقد التبرع ، ومثل هـٰذا لا يتحقق في نيل المعادن . ثم ما يستفيده العاملُ على المعدن من نيلٍ يلزمه ردُّه علىٰ مالك المعدن ؛ فإن الرد فيه ممكن ، والرد غيرُ ممكن في المنافع المستوفاة .

وهـٰذا كلامٌ مختلطٌ .

وكان **شيخي** يقول : الإعارة ليست تمليكاً ، والمستعير لا يملك المنافع قط ، وإنما الإعارةُ إباحةٌ وإمتاعٌ ، والمستعير ينتفع [بالمنافع][(٣)] انتفاع الضيف بما يأكله من الطعام ، والأصح أن الضيف لا يملك ما يأكله ، والإباحة لا تجري إلا في منتفعٍ به حالةَ الاستيفاء ، ونيل المعدن ليس كذلك ، ولو كان النَّيل مطعوماً ، فأباح لمن

---

(١) في الأصل : مجهولة .
(٢) في الأصل : من .
(٣) ساقطة من الأصل .

ش ١١٧ يأكله ، أو يشربه ، فما جرى/ من ذلك ، فلا معترض فيه ، ولا ضمان[١] .

تمّت المساقاة .

* * *

(١) في خاتمة نسخة (ي) . ما نصه :

(والله أعلم . ثم في الهامش : بلغ مقابلة سنة ٦٧٤ وبالله التوفيق).

ثم بعد ذلك

(آخر المجلد الثامن ، يتلوه ـ ولله الحمد والمشيئة ، في التاسع

كتاب الإجارة

الحمد لله أولاً وآخراً ، وظاهراً وباطناً حمداً كثيراً طيباً مباركاً وصلى الله علىٰ سيدنا محمد وآله وصحبه الطيبين الطاهرين ، وسلم تسليماً كثيراً .

وحسبنا الله ونعم الوكيل . نعم المولىٰ ونعم النصير ، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم .

انظر إلى الدهر وتفكر بعجايبه ، وانظر إلى الناس تراهم كثيري التقلب) .

أما نسخة (هـ٣) ، فقد جاء في خاتمتها ما نصه :

(والله أعلم . يتلوه في الذي يليه بعون الله وحسن توفيقه

كتاب الإجارة

صح . نقل هـٰذا الجزء بأسره من النهاية لإمام الحرمين

إلىٰ خزانة سيدنا ومولانا الفقيه الإمام العالم سيد الورى فخر الدين شرف الأئمة

أدام الله عليه . . . . لمجد. . . .)

كتاب الإجارة[١]

٥٠٥٧ـ الإجارة معاملة صحيحة ، تورد علىٰ منافعَ مقصودةٍ قابلةٍ للبذل والإباحة ، علىٰ شرط الإعلام مع العوض المبيَّن .

٥٠٥٨ـ وقد أجمع من بإجماعه اعتبار علىٰ صحة الإجارة ، وخلاف **ابن كيسان**[٢] **الأصم** ، **والقاساني**[٣] غيرُ معتدٍّ به من وجهين : **أحدهما** ـ أنهما ليسا من أهل الحل والعقد ، **والآخر** ـ أن خلافهما مسبوقٌ بإجماع الأمة علىٰ صحة الإجارة قبلهما .

٥٠٥٩ـ وتيمّن الأئمةُ بذكر قصة شعيب في استئجار موسىٰ صلوات الله عليهما ، والاستئجار على الإرضاع منصوصٌ عليه في قوله تعالىٰ : ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق : ٦] .

---

(١) من هنا ـ من كتاب الإجارة ـ بدأ العمل معتمداً علىٰ نسختين فقط ، حيث انتهت نسخة (ي) ، ونسخة (هـ٣) وبدأت نسخة (د١) مع نسخة الأصل : (د٢) .

(٢) ابن كيسان ، عبد الرحمـٰن بن كيسان الأصم ، أبو بكر ، فقيه معتزلي ، تلميذ العلاف ، وله معه مناظرات ، ت نحو ٢٢٥هـ . (ر . نشأة الفكر الفلسفي : ١/ ٣٩٧ ، ٤١٠ ، ٤٥١ ـ والمنية والأمل : ٥٢ ، لسان الميزان : ٣/ ٤٢٧ ، والأعلام : ٣/ ٣٢٣) .

(٣) القاساني ، محمد بن إسحاق القاساني الظاهري ، أخذ عن داود ، وخالفه في مسائل ، نقضها عليه ابنُ المغلّس . والقاساني بالسين ، والعامة تقولها بالشين ، نسبة إلىٰ قاسان ، من نواحي أصبهان . (تبصير المنتبه ، بتحرير المشتبه : ٣/ ١١٤٦) زاد الشيرازي في (طبقات الفقهاء : ١٧٦) قوله : « خالف داود في مسائل كثيرة في الفروع والأصول » ثم ذكر اسم كتاب ابن المغلس الذي رد به على القاساني ، وهو : (القامع للمتحامل الطامع) ، كما زاد أيضاً أنه يكنىٰ بأبي بكر . وانظر (الفهرست : ٣٠٠) وعنده : القاشاني (بالمعجمة) وعنده أيضاً أنه انتقل إلىٰ مذهب الشافعي ، وألف في إثبات القياس!!! قلتُ : لعله وهمٌ من ابن النديم ، فالإمام في (البرهان) يعدّه ممن لا يقولون بالقياس علىٰ إطلاقه . وكذلك لم يقل هـٰذا أحدٌ من أصحاب طبقات الشافعية (فيما نعلم) .

وروىٰ أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « **أعطوا الأجير أجره ، قبل أن يجفّ عرقُه** »(١) . والحديث الذي أجراه رسول الله صلى الله عليه وسلم مثلاً ، إذ قال : « **مثلكم ومثل الذين من قبلكم من اليهود والنصارىٰ ، كمثل رجل استأجر أجيراً من الصبح إلى الظهر بقيراط** »(٢) . معروف . وهو أصلٌ في الباب . وقال صلى الله عليه وسلم : « **ثلاثةٌ أنا خصمهم ، ومن كنت خصمه خصمتُه : رجل باع حراً ، وأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً ، فاستوفىٰ منفعته ، ولم يؤدّ أجره ، ورجل أعطاني صفقةَ يمينه ، ثم غدر** »(٣) .

« وأجّر عليُّ بنُ أبي طالب رضي الله عنه نفسَه من يهودي كان يستقي له الماء ، كل دلو بتمرة »(٤) . « **واستأجر رسول الله صلى الله عليه وسلم عبد الله بنَ أُريقط دليلاً** »(٥) .

---

(١) حديث « أعطوا الأجير أجره » ، رواه ابن ماجة : كتاب الرهون ، باب أجر الأجراء : ٢/ ٨١٧، ح ٢٤٤٣ ، والطبراني في الصغير : ١/ ٤٣، ح ٣٤ ، وأبو يعلىٰ : ١٢/ ٣٤ ، ح ٦٦٨٢ ، وابن عدي في الكامل : ٦/ ٢٣٠ ، والبيهقي في السنن : ٦/ ١٢٠ ، ١٢١ . وانظر التلخيص : ٣/ ١٣٢ ، ح ١٣١٤ .

(٢) حديث : « مثلكم ومثل الذين من قبلكم » ، رواه البخاري : كتاب المواقيت، ح ٥٥٧ ، وكتاب الإجارة ، ح ٢٢٦٨ ، وكتاب الأنبياء، ح ٣٤٥٩ ، والترمذي : كتاب الأدب، ح٢٨٧١ ، وأحمد : ٢/ ٦ ، ١١١ .

(٣) حديث : « ثلاثة أنا خصمهم. . . » عند البخاري من الأحاديث القدسية ، فقد رواه عن أبي هريرة بلفظ : « عن النبي صلى الله عليه وسلم ، قال : قال الله تعالىٰ : « ثلاثة أنا خصمهم. . . » وهو أيضاً علىٰ غير هـٰذا الترتيب ، فقد قدم من أعطىٰ وغدر ، وهو بلفظٍ مغاير أيضاً : « رجل أعطىٰ بي ثم غدر » وقد رواه في كتاب البيوع : باب إثم من باع حراً ، ح ٢٢٢٧، وفي كتاب الإجارة: باب إثم من منع أجر الأجير ، ح ٢٢٧٠، ورواه أحمد : ٢/ ٣٥٨ .

(٤) حديث علي « أنه آجر نفسه من يهودي » أخرجه ابن ماجة: كتاب الرهون، باب الرجل يستقي كل دلو بتمرة، ح ٢٤٤٦ ، ٢٤٤٧، وأخرجه البيهقي في السنن : ٦/ ١١٩ ، ورواه أحمد في مسنده : ١/ ٩٠ ، ١٣٥ ، وانظر التلخيص ٣/ ١٣٤ ح ١٣١٩ .

(٥) حديث استئجار الرسول صلى الله عليه وسلم لابن أريقط ، أخرجه ابن إسحاق ، وابن جرير ، وهو عند البخاري من غير تصريح باسم الدليل . (تخريج أحاديث السيرة للألباني . بهامش فقه السيرة للغزالي : ١٧٠ ، والبخاري: كتاب الإجارة، باب استئجار المشركين عند الضرورة ، ح ٢٢٦٣. وأيضاً باب إذا استأجر أجيراً ليعمل له بعد ثلاث، ح ٢٢٦٤) .

والحاجة ماسة إلى الإجارة بينةٌ لا خفاء بها .

٥٠٦٠- ولسنا ننكر أن الإجارة من حيث وردت علىٰ منافعَ لم تخلق [بعدُ][١] مائلةٌ عن القياس بعضَ الميل ، ولـٰكنها مسوغةٌ لعموم الحاجة . وقد ذكرنا في مواضعَ أن الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة الخاصة . ثم ما ثبت أصله بالحاجة ، لم يتوقف إثباته وتصحيحه في حق الآحاد علىٰ قيام الحاجة ، حتىٰ يقال : الإجارة تنعقد في حق من لا مسكن له ، وهو محتاج إلى المسكن ، ولا تنعقد في حق من يملك المساكن ، بل يُعمم [في حكم][٢] التجويز الكافة .

٥٠٦١- ثم نذكر تراجم في أصول الكتاب بالتوطئة والإيناس ، وننعكس في المسائل علىٰ تفصيلها ، فنذكر معقود الإجارة ، والألفاظَ التي تنعقد الإجارةُ بها ، وما تصح الإجارة فيها ، ونرمز إلىٰ [انقسام][٣] الإجارة في قاعدتها . إن شاء الله تعالىٰ .

٥٠٦٢- فأما القول في معقود الإجارة ، فقد ظهر اختلاف الأصحاب فيه قديماً وحديثاً ، فقال بعضهم : المعقود عليه في الإجارة العينُ المستأجرة ، وإنما حملهم علىٰ ذلك محاذرةُ الحكم بإيراد المعاوضة اللازمة علىٰ مفقودٍ ، وهي المنافع .

وقال قائلون : المعقود عليه في الإجارة المنافعُ .

وهـٰذه الطريقةُ هي المرضية عند الفقهاء ؛ فإن معقودَ كلِّ عقدٍ/ هو المقصود منه ، ١١٨ ي والمنافع هي المقصودةُ ، والإجارة عقدُ تمليكٍ ، والمنافع هي التي تُملّك ، وتستحق فيها دون العين ، والأجرة في الإجارة تتوزع على المنافع ، إذا تبعضت في منازل الفسخ والانفساخ ، فهي المقصودة المعقودُ عليها ، ولـٰكنَّ الشرعَ احتمل إيراد العقد عليها ، وهي تثبت شيئاً شيئاً[٤] ؛ لما أشرنا إليه من مسيس الحاجة .

---

(١) مزيدة من : (د١) .
(٢) في الأصل : بحكم .
(٣) في الأصل : انفساخ .
(٤) (د١) : شيئاً فشيئاً .

وقد ينتهي الكلامُ إلىٰ ماهية المنفعة ، وليست المنافع[١] رقبةَ العين المستأجرة ، ولا ما يعقل من صفاتها كتركّب الجدران وتنضّد السقف على الهيآت[٢] المطلوبة ، وغيرها من الصفات .

فالمنافع إذن نعني بها تهيُّؤَ العين المستأجرة لانتفاع المستأجِر بها في الوجه المطلوب ، ولا مزيد في الأحكام الشرعية علىٰ هـٰذه المواقف .

٥٠٦٣ـ وقال **القاضي** : الإجارة ترد على العين ، لاستيفاء المنفعة منها ، وأشار بذلك إلىٰ أن [العاقد][٣] يقول : أجرتك هـٰذه الدارَ ، فيضيف لفظَه إلىٰ عينها ، والمقصود استيفاء المنفعة منها .

وهـٰذا الذي قاله قريب ؛ فإنه[٤] عَنَىٰ [بذكر][٥] العين إضافةَ لفظ الإجارة إليها . وهـٰذا لا اختلاف فيه ، ثم أشار إلى المنافع ، وأبان أنها المقصودة ، وفيما ذكره مزيد نظر وتفصيل ، [سننبه][٦] عليه في ألفاظ هـٰذا العقد، إن شاء الله تعالىٰ .

٥٠٦٤ـ فأما القول في الألفاظ التي تنعقد الإجارةُ بها ، فاللفظ الشائع الصريح في الباب ـ من غير استكراه ـ الإجارةُ ، والإكراءُ . فقول المالك : أكريتُك هـٰذه الدارَ سنةً ، أو أجرتك بكذا . ولو قال : ملكتك منفعةَ هـٰذه الدار ، أو منفعةَ هـٰذا العبدِ شهراً بكذا ، صحَّ ، باتفاق الأصحاب . وهـٰذا يدل دلالة ظاهرة علىٰ أن المعقود عليه المنافع .

٥٠٦٥ـ ولو قال : بعتُ منك منافعَ هـٰذه العين شهراً بكذا ، ففي صحة الإجارة **وجهان مشهوران** : **أظهرهما** ـ أن الإجارة لا تنعقد ؛ لأن لفظ البيع موضوعٌ لتمليك الأعيان ، فاستعماله في المنافع بعيدٌ عن موضوعه ، ونقْلٌ له عن حقيقة بابه .

(١) (د١) : المنفعة .
(٢) (د١) : اللبنات المطلوبة .
(٣) في الأصل : القائد .
(٤) (د١) : فإن .
(٥) في الأصل : ذكر .
(٦) في الأصل : سنبينه .

ولفظُ التمليك لا اختصاص له ببابٍ[١] ، بل هو صالح لكل ما يثبت فيه الملك ، والمنافع مملوكة بالإجارة .

وقال ابن سُريج : تصح الإجارةُ باستعمال لفظ البيع على الصيغة التي ذكرناها ؛ فإن البيع يتضمن تمليكَ الأعيان ، والمنافعُ تملك بملك الأعيان ، فلا يبعد استعمال لفظ البيع فيها ، كما لا يبعد مساواةُ المنافع للأعيان في جريان الملك ، وقد **قال الشافعي** : الإجاراتُ صنفٌ من البيوع .

٥٠٦٦ـ ولو قال : أكريتك ، أو قال : أجرتك منافع هـٰذه الدار ، كان اللفظ لاغياً ؛ فإن وضع لفظ الإجارة على الإضافة إلى العين المنتفع بها ، فإذا أضيف إلى المنافع ، كان لاغياً في اللسان ، غيرَ مفيد ، ولا يضاف إلى المنافع إلا ما يقتضي التمليك في وضعه وصيغته ، والإجارةُ ليست كذلك . وإنما أفادت الملكَ بالشيوع في الاستعمال ، فلتستعمل على الوجه المعتاد .

٥٠٦٧ـ وهـٰذا أوان التنبيه علىٰ ما ذكرناه قبلُ من **كلام القاضي** : فقوله : الإجارة ترد على العين لاستيفاء/ المنفعة ، يختص بلفظ الإجارة والإكراء ؛ فإنهما لا يتضمنان تمليكاً ، وما يتضمن تمليكاً يضاف إلى المنفعة دون العين ، فلو قال : ملكتك هـٰذه الدارَ شهراً ، وأراد الإجارة ، لم يجز ، وحُمل اللفظُ فيه[٢] علىٰ تمليكٍ مؤقت في العين ، وهو فاسد . فإذا كان [يقع الكلام كلياً][٣] في معقود الإجارة ، فلا معنىٰ للتعلق بصيغة لفظة من الألفاظ مختصة ، وإنما يمتحن المعقود من الألفاظ الناصّة على الغرض كالتمليك ، فلا جرم هو مضاف إلى المنافع ، والإجارة تعمل عن جهة شيوعها في العادة ، لا عَنْ معناها . فهـٰذا ما أردنا التنبيهَ عليه .

١١٨ ش

٥٠٦٨ـ فأما القول فيما تصح إجارته ، وما لا تصح إجارته ، فالأوْلىٰ فيه التعرض

---

(١) هـٰذا توجيهٌ للوجه المقابل للأظهر الذي فهم من الكلام، ولم يذكره صراحة، ولكنه سيأتي فيما نقله عن ابن سريج .

(٢) (د١) : منه .

(٣) في الأصل : نفع الكلام كلّها .

للتقسيم . فالأعيان تنقسم إلى الجمادات ، والحيوانات ، فأما الجمادات ، فإنما تجري الإجارة فيما يُنتفع به انتفاعاً [يقابَل][(١)] بالمال عرفاً ، مع بقاء العين . وما لا يتأتى الانتفاع به إلا باستهلاكه ، فلا يتخيل فيه الإجارة . كالأطعمة والأشربة ، فلا تُستأجر التفاحةُ لتُشمَّ ؛ فإن ذلك ، وإن كان منفعة ، فليست من المنافع التي تُبذل عليها الأموال ، ومالك التفاحة لا يرضىٰ بتسليمها لتُبذلَ ، وتقربَ من الفساد ، ثم تُرد .

٥٠٦٩ـ واختلف أئمتنا في استئجار الدراهم والدنانير ، لتزيين الحوانيت ، ودكاكين الصيارفة ، فذهب الأكثرون إلىٰ منع استئجارها ؛ فإن ما ذكرناه ليست منفعةً مقصودةً ؛ فإن الغرض مما أشرنا إليه موقوفٌ علىٰ أن يُرِي الصرافُ أنها ملكُه ، ولو ظهر ذلك ، لفسد الغرض ، فغاية المقصود تلبيسٌ إذاً ، وإذا منعنا الاستئجار ، ففي جواز استعارتها للمقصود الذي ذكرناه خلافٌ ، ولا وجه لمنع الإعارة إلا ما نبهنا عليه من التلبيس ، وإلا فالإعارة تقبل الجهالةَ والإبهام ، ولا تقبلها[(٢)] الإجارة .

٥٠٧٠ـ وذكر **القاضي** في الاستشهاد بفساد إجارة الدراهم ، والدنانير : أن استئجار الأطعمة لمثل الغرض الذي ذكرناه في الدراهم فاسدٌ . ولستُ أرى الأمرَ كذلك ، فلو استأجر الرجلُ صُبرةَ حِنطةٍ ، ليزين بها دكّانه ، فالكلام فيه [كالكلام في][(٣)] استئجار الدراهم والدنانير . ولا يجوز تخيّل الفرق بينهما ⁽ والخلاف جارٍ فيهما ⁾[(٤)] ، والأصح المنع، كما قدمناه .

٥٠٧١ـ وأما الحيوان **قسمان**[(٥)] : آدمي ، وغيرُ آدمي ، فالآدمي يجوز إجارته ، حراً كان أو عبداً . وغير الآدمي **قسمان** : منتفعٌ به ، وغير منتفع به . فما لا ينتفع به

---

(١) في الأصل : فيقابل .
(٢) (د١) : ولا تقتضي ما تقتضيه الإجارة .
(٣) في الأصل : فالكلام فيه كاستئجار الدراهم .
(٤) ما بين القوسين ساقط من (د١) .
(٥) هٰكذا . بدون الفاء في جواب (أما) وهي لغة (كوفية) ، يجري عليها غالباً إمام الحرمين ، في كتابه هٰذا ، وفي غيره ، كما أشرنا مراراً .

يظهر فساد إجارته ، كالخنازير ، والسباع غير[(١)] الجوارح ، والحشرات ونحوها .

والمنتفع به **قسمان** : نجس العين ، وطاهر/ العين . فأما ما هو نجس العين ، فالكلب المعلّم ، وفي جواز إجارته **وجهان** : **أحدهما** ـ لا تصح ، كما لا يصح بيعه . ١١٩ ي

والثاني ـ أنها تصح ؛ لأن مَوْرد البيع العين ، وعين الكلب نجسة ، ومورد الإجارة المنافع ، وهي لا تتصف بالطهارة والنجاسة .

وأما الحيوان الطاهر المنتفع به ، كالجوارح من [الطيور][(٢)] ، وكالفهد ، والحُمر ، والبغال ، والفيلة ، والبقر ، التي تركب ، وتَحمل ، أو تصلح للحراثة ، فاستئجارها جائز .

٥٠٧٢ـ ولا يجوز استئجار الأعيان لأعيانٍ تنفصل منها ، كاستئجار الأشجار لمكان الثمار ؛ قصداً إلىٰ تملكها ، وكاستئجار المواشي قصداً إلىٰ درِّها ونسلها . هـٰذا ممتنع لا مجوّز له .

٥٠٧٣ـ ثم الإجارة تنقسم ، فقد تُفرضُ واردةً على العين ، بحيث لا يتصور ورودها على الذمة ، وهـٰذا بمثابة استئجار الأراضي ، والمساكن ، والقنوات ، ونحوها ، فلا يتأتىٰ فرض إيرادها على الذمة ، كما لا يتأتى الإسلامُ في شيءٍ[(٣)] منها في الذمة ، يُلتزم ، ثم يُعيّن ، والسبب فيه أن مقصودَها الأعظم يتعلق بتعيينها ؛ وإلا ، فالقَراح[(٤)] في موضعٍ يُقوّم بمائة ، ومثله في موضع آخر يُقوّم بعشرة ، فإذا كان مقصودُها الأظهر في تعينها ، ولا يتصور نقلُها ، لم ينتظر إيراد البيع إلا علىٰ ما يتعين منها . وكذلك القول في إجارتها .

فأما ما سواها من الأعيان [وهي][(٥)] المنقولات ، فالإجارة تنقسم فيها إلىٰ ما يرد على العين ، وإلىٰ ما يرد على الذمة . وهـٰذا مما سيأتي مفصلاً في مسائل الكتاب .

---

(١) المراد هنا الجوارح التي يمكن تعليمها للصيد .
(٢) في الأصل : الصيود .
(٣) (د١) : في موصوفٍ .
(٤) القَراح : وزان كلام : المزرعة التي ليس فيها بناء ولا شجر (المصباح) .
(٥) في الأصل : فهي .

ولٰكنا نذكر الآن جُملاً من خواصّ ما يرد على الذمة ، وقضايا ما يرد على العين . والقسمان أولاً يستويان في وجوب الإعلام في العوض والمعوّض ، [وقد تختلف طرق الإعلام][1] في المنافع علىٰ ما سنذكر معاقد الكلام ، فيها، إن شاء الله تعالىٰ .

٥٠٧٤ـ فإن وردت الإجارة علىٰ عينٍ مثل أن يقول : استأجرت [منك][2] هٰذا العبد أو هٰذه الدّابة ، صحّت الإجارة . ولإعلام المنفعة مسلكان : **أحدهما** ـ المدة ، **والآخر** ـ الإعلام بذكر نهاية المقصود ، فأما المدة ، فيقول : استأجرت منك هٰذه الدّابة لأتردد عليها في حوائجي في هٰذا اليوم ، أَوْ أَحملَ عليها في هٰذا اليوم أقمشةً أنقلها من الحانوت إلى الدار ، فهٰذا وجهٌ .

والوجه الآخر ـ أن يقول : استأجرت هٰذه الدابة ، [لأركبها][3] إلىٰ موضع كذا ، أو أحمل عليها كذا وكذا إلىٰ موضع كذا ، فإذا صحت الإجارة ، فمن حكمها ألا يجب تسليم الأجرة في المجلس ؛ فإنها لم تقع سلماً ، بل ارتبطت بعينٍ ، ولا يجري فيها إبدال العين المعيّنة بغيرها ، وإن تلفت قبل استيفاء المنفعة ، انفسخت الإجارة . كما سنصف ذلك من بعدُ، إن شاء الله/ ، وإن عابت ، فردها المستأجر ، انفسخت الإجارة . ش ١١٩

٥٠٧٥ـ ثم مما نمهده في هٰذا القسم أن المستأجر إذا ذكر نوعاً من الانتفاع ، لم يتعين ، وكان ما[4] يساويه في الإضرار بالدابة في معناه . فلو قال : استأجرت هٰذه الدابة لأركبها ، ثم أراد أن يُركب غيرَه ، وكان ذلك الغير مثلَه ، فذلك جائز .

ولو استأجر أرضاً لزراعة الحنطة ، كان له أن يزرعها شعيراً ؛ فإن ضرر الشعير أقلُّ ، ولسنا نلتزم تفصيل هٰذا ؛ فإنه بين أيدينا[5] .

والضابط الذي يليق بعقد التراجم أن الإبدال جائز في جهات الانتفاع ، إذا لم يزد

---

(١) في الأصل : قد يختلف طرفا الإعلام .
(٢) زيادة من (د١) .
(٣) ساقطة من الأصل .
(٤) في (د١) : بما .
(٥) أي سيأتي فيما نستقبل من مسائل .

الضررُ ، ولم يختلف جنسُه . أما زيادة الضرر ، فمثل : أن يستأجر الدابة لركوب نفسه ، وهو نحيف ، ثم يُركبها رجلاً ضخماً ، وأما الاختلاف في الجنس ، فهو أن يستأجر دابة ليحملها تبناً ، فحمّلها مثلَ وزن التبن تبراً ، [لم يجز][1] ؛ فإن ضرر التبن في أن [يغمر][2] الدابة ويعمّها ، وضرر التبر في ثقلها [علىٰ][3] موضع من البهيمة ؛ فهي[4] تكُدُّ[5] ذلك الموضعَ ، وتُميده[6] ، فلا يجوز هـٰذا النوع من الإبدال .

ثم إجارة العين تضاهي بيعَ العين في الافتقار إلى الرؤية ، علىٰ حسب ما ذكرناه في اختلاف القول في بيع الغائب .

٥٠٧٦ـ وأما الإجارة الواردة على الذمة ، فمثل أن يقول : ألزمت ذمتَك خياطةَ هـٰذا القميص ، أو نقلَ هـٰذه الحمولة ووزنُها كذا ، من هـٰذا الموضع إلىٰ موضع كذا ، أو تنقلني إلىٰ موضع كذا ، فهـٰذا النوع جائز على الجملة .

فإن وقع العقدُ بلفظ السّلم ، صح ، ويجب تسليمُ الأجرة في المجلس ، كما يجب تسليم رأس المال في السلم . (٧ وإن جرت الإجارة على الذمة من غير لفظ الإسلام ٧) والإسلاف ، ففي اشتراط تسليم الأجرة في المجلس **وجهان** أجرينا نظيرهما في البيع الوارد على الذمة [من غير لفظ السلم والسلف .

ثم من أحكام الإجارة الواردة على الذمة][8] ذكرُ أوصاف ما ينتفع به علىٰ ما يليق بأوصاف المسْلَم فيه ، فإذا طلب مركوباً ، ذكر جنسَه ونوعَه ، والذكورة والأنوثة ، وصفةَ المشي ، والتعرضُ للذكورة والأنوثةِ يؤول إلىٰ صفة المشي ، وسيأتي استقصاء

---

(١) ساقط من الأصل .
(٢) في الأصل : يعم .
(٣) في الأصل : حتىٰ .
(٤) (د١) : فهل .
(٥) (د١) : تهدّ .
(٦) (د١) : وتكده . وتميده : من ماد الشيء ميداً : اضطرب وتمايل . (المعجم) .
(٧) ما بين القوسين ساقط من (د١) .
(٨) ما بين المعقفين سقط من الأصل .

هٰذا في موضعه، إن شاء الله تعالىٰ . وقَدْرُ[١] المقصود الآن عقدُ الجُمل .

ثم إذا جاء الملتزِم بالمنتفَع بهٰ ، فلم يكن على الوصف المستحق ، أبدله ، وإن عابت تلك الدابة ، ولم يرض بذلك العيبِ المؤثر في المنفعة ـ المستأجرُ ردَّها ، ولم ينفسخ العقد ، فليأخذ[٢] بدلها . وكذلك لو تلفت تلك الدابة ، وجب إبدالها .

٥٠٧٧ـ ولو قال : استأجرت هٰذه الدابة ، كانت الإجارة واردةً علىٰ عينها .

ولو قال للرجل الذي يخاطبه : استأجرتك بكذا وكذا ، ففي المسألة **وجهان** :

أحدهما ـ أن الإجارة/ واردةٌ علىٰ عين المخاطب ، وقوله: استأجرتك ، كقوله: استأجرتُ هٰذه الدابة . ي ١٢٠

والوجه الثاني ـ وهو الذي **صححه القاضي** ـ أن الإجارة تنعقد على الذمة بهٰذه العبارة ؛ لأن معناها في التحقيق : استحققت عليك خياطةَ هٰذا الثوب ، أو ما عينه من العمل سواه ، وهٰذا يتضمن إلزامَ الذمة ، وليس كما لو قال : استأجرت هٰذه الدابّة ؛ لأنه طلب انتفاعاً[٣] بعينها ، وفي مسألتنا طلب أن يوقع المخاطَب عملاً في عين مالٍ له ، إما بنفسه ، وإما بغيره .

فعلىٰ هٰذا لو أراد أن يعلّق الإجارة بعين المخاطب ، احتاج إلىٰ مزيد تقييد ، فيقول : استأجرت عينَك ، أو نفسك ، أو استأجرتك لتخيط بنفسك .

٥٠٧٨ـ ومما يليق بالمعاقد الكلية ، أن إعلام المنفعة قد يقع بذكر المدة ، كما ذكرناه . وليست المدّةُ في الحقيقة تأجيلاً ، (٤ ولا تأقيتاً ؛ فإن الأجل معناه مَهَلٌ يحِلّ الحق عند انقضائه ، وهٰذا لا يتحقق في مدّة ٤) الإجارة ، والإجارة ليست مؤقتة في الحقيقة ؛ فإن علائق العقد تبقىٰ بعد انقضاء المدة ، ويكفي في تحقيق بقائها تصوّر فسخها بعد المدة بالتحالف ، والاختلاف في مقدار الأجرة والمدة ، فالمدة إذاً تُعلِم

---

(١) عبارة (د١) : وقد رد المقصود الحمل . (ففيها سقط وتصحيف) والله أعلم .
(٢) عبارة (د١) : فليطالب ببدلها .
(٣) (د١) : انتفاعها .
(٤) ما بين القوسين سقط من (د١) .

المنافعَ إعلام الكيل والوزن [المكيلَ][(١)] والموزون .

فإذا كان يتأتىٰ إعلام المنفعة من غير مدة ، كفىٰ ، مثل أن يقول : استأجرتك لخياطة هٰذا القميص ، فهٰذا كافٍ ، فلو جمع بين الإعلام بهٰذه الجهة وبين ذكر المدة ، فقال : استأجرتك لتخيط هٰذا الثوبَ في هٰذا اليوم ، ففي صحة الإجارة **وجهان** : **أحدهما** ـ أنها تصح ، وأن مزيد الإعلام لا يضر .

والثاني ـ أنها لا تصح ؛ فإن الوفاء بالوجهين يعسر ، فقد يتم العمل وفي النهار بقية ، وقد ينقضي النهارُ وفي العمل بقية ، فلا معنىٰ للجمع بين الجهتين .

وإذا صححنا الجمعَ بين الجهتين ، ففي المسألة **وجهان** : **أحدهما** ـ أن المقصود العملُ ، فإذا تم ، كفىٰ ، ولا يستعمل الأجير في بقية النهار ، ولو انقضى النهار ، وبقي من العمل وجب استتمامهُ .

ومن أصحابنا من قال : يتم المقصود المقابل[(٢)] بالأجرة بإحدى الجهتين ، فإن تم العمل ، كفىٰ ، وإن انقضى النهار والأجير مُكبٌّ على العمل ، كفىٰ ، واستحق تمامَ الأجرة .

فهٰذه جملٌ رأينا تصدير الكتاب بها .

فَصْلٌ

قال : « وقد يختلف الرضاعُ . . . إلىٰ آخره »[(٣)] .

٥٠٧٩ـ أبان **الشافعي** أن الشرط في صحة الإجارة كونُ العمل معلوماً على الجملة ، فإن تطرقت جهالةٌ إلى التفاصيل ، لم يضر ؛ إذ لو شرطنا العلم بالتفاصيل ، لما صحت الإجارة على الإرضاع ، وقد دل نصُّ القرآن علىٰ صحتها ، ثم ما يشربه الصبي من اللبن في كل/ يوم غيرُ معلوم ، وقدرُ ما يحتاج إليه غيرُ معلوم ، وهو إلى النموّ والازدياد ، ١٢٠ ش

---

(١) ساقطة من الأصل .

(٢) (د١) : والمقابل .

(٣) ر . المختصر : ٣/ ٨٠ .

والأعراض تعرض ، والصبيّ للأمراض بالمرصاد ، فثبت ما أشار إليه **الشافعي** من المقصود .

٥٠٨٠ـ ثم نجمع ما يتعلق بالاستئجار على الحضانة والإرضاع تأصيلاً وتفصيلاً ، فنقول : الاستئجار على الحضانة المجرّدة من غير إرضاع جائز ، ويجوز استئجار الحاضنة في الولد الذي ليس مرتَضعاً ، ويجوز للأم أن تستأجر حاضنةً لا لبن لها ، والأم ترضع .

ثم نقول وراء ذلك : إن استأجر مرضعةً على الإرضاع المجرد من غير حضانة ، فقد اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من جوّزه ، ومنهم من لم يجوّز الاستئجار على الإرضاع دون الحضانة .

٥٠٨١ـ توجيه الوجهين : من قال : لا يجوز ، استدل بأن [الإرضاع][(١)] المجردَ صرفُ اللبن إلى الصبي ، وهو عينٌ ، [واستحقاق][(٢)] الأعيان مقصودةً بالإجارة بعيدٌ عن القواعد ؛ فإن الإجارةَ تعتمد المنافعَ ، كما أن البيع يعتمد العين . وأيضاً ، فإن الإرضاع لا يتأتىٰ دون الاحتضان في رفع الصبيّ ووضعه ، وهو مقصودُ الحضانة .

ومن قال بالجواز ، احتج بظاهر قوله تعالىٰ : ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق : ٦] فذكر الأجْرَ في مقابلة الإرضاع ، ثم الفقيه من[(٣)] لا يألف فنّاً من الكلام ، ويتبع المعنىٰ ، فالمرعي الحاجةُ في هـٰذه الأبواب ، وهي ماسة إلى الإرضاع ، واللبن وإن كان عيناً ، فليس موجوداً في الحال ، ولـٰكنه يَدِرُّ شيئاً شيئاً ، ويضاهي المنافع من هـٰذه الجهة ، والمتبع الحاجةُ . وما ذكره القائل الأول من استحالة الإرضاع دون الحضانة ، ليس بشيء ؛ فإن المرضعة تلقم الصبيَّ الثديَ ، وعلىٰ غيرها الرفع والوضع .

ومما يتصل بهـٰذا المنتهىٰ أن المرأة لو كانت ذاتَ لبن ، فقد اضطرب طرق

---

(١) في الأصل : إرضاع .
(٢) في الأصل : فاستحقاق .
(٣) (د١) : ثم الفقيه لا يألف فناً .

الأصحاب في ذكر الحضانة دون الإرضاع ، وفي ذكر الإرضاع دون الحضانة . ونحن نصف ما ذكره الأصحاب ، ثم ننص على المختار .

٥٠٨٢ـ فإذا استأجر المرضعةَ للحضانة ، ولم يتعرض للإرضاع ، فهل يدخل الإرضاع تبعاً ؟ ولو ذكر الإرضاعَ ، ولم يتعرض للحضانة ، فهل تدخل الحضانة تبعاً ؟ اضطرب الأئمة : فقال قائلون : في الطرفين **وجهان** : **أحدهما** ـ أن ذكر الحضانة يستتبع الإرضاع ، إذا كانت الحاضنةُ مرضعةً ، وذكر الإرضاع يستتبع الحضانة .

والوجه الثاني ـ أنه لا يستتبع أحدُ المقصودين الثاني ، بل لا يثبت إلا ما ذكر .

التوجيه : من قال بالاستتباع ، قال : الإرضاع في العرف لا يخلو عن الحضانة ـ وإن كان يتصوّر تجريده ـ فَحُمِلَ الأمرُ على المفهوم عرفاً ، والحضانة في ذات اللبن لا تطلق إلا والمراد القيام بالإرضاع مع/ الحضانة ، فوجب تنزيل اللفظ في الشقين علىٰ موجَب العرف . ١٢١ ي

ومن قال بنفي التبعية ، تمسك بظاهر الصيغة . ومعناها الاقتصارُ على المذكور .

وذكر القاضي وجهاً ثالثاً ـ وهو أن الحضانة لا تستتبع الإرضاعَ ، والإرضاعُ إذا ذكر ، استتبع الحضانة . وهـٰذا فقيهٌ حسنٌ ؛ من جهة أن انفراد الإرضاع يتضمّن صرفَ الإجارة إلى استحقاق العين ، وإذا ثبتت الحضانةُ ، كان اللبن في حكم التبع ، كما سنصفه .

فالخارج إذاً مما ذكرناه : أن إفراد الحضانة من غير لبنٍ جائزٌ . وكذلك[1] يجوز إفرادُ الحضانة من ذات اللبن ، إذا وقع التنصيصُ علىٰ ذلك ، وقُطعَ العرفُ ـ كما ذكرناه في التوجيه ـ وذلك بأن يقول : استأجرتكِ على الحضانة دون الإرضاع . والاستئجار على الإرضاع من غير حضانةٍ فيه خلافٌ قدّمناه ، ونبهنا علىٰ وجهه .

٥٠٨٣ـ وتمام البيان عندي يقف علىٰ بيان الحضانة ، وبيانُها مقصود في الفصل .

قال علماؤنا : الحضانة تنقيةُ بدن الصبي عن الدرن والنجاسَات ، وغسلُ الخرق ،

---

(١) (د١) : ويجوز أيضاً .

وثياب البدن ، [عما][(١)] يغسل عنه ثياب الصبيان ، ورفعه ، ووضعُه ، وإضجاعه في المهد ، وربطه ، وتحريكه ، على المعتاد في مثله . فهٰذه جمل أعمال الحاضنة . فإذا[(٢)] قلنا : يجوز[(٣)] إفراد الإرضاع بالاستئجار ، لم يشترط جميع هٰذه الأعمال ، بل يكفي ضمُّ الرضيع إلى النحر عند الإرضاع ، ووضعُه في الحجر ، وما جرىٰ هٰذا المجرىٰ ، [مما][(٤)] يتعلق بالإرضاع ، هٰذا لا بد منه . فأما ما يزيد علىٰ هٰذا من الغسل ، وغيرِه ، فلا وجه لاشتراطه .

وأما الكلام في إطلاق الحضانة ، وأن الرضاع هل يتبعها ، وفي إطلاق الإرضاع ، وأن الحضانة هل [تتبعه][(٥)] ، فعلىٰ ما قدمناه . وإذا أتبعنا الحضانةَ الإرضاعَ بحكم العرف ، أردنا جميعَ أعمال الحضانة .

ولو استأجر امرأة للحضانة والإرضاع ، وصرح بالجمع ، وأراح نفسه من الخلاف ، ثبت الأمران .

٥٠٨٤ـ ثم اختلف أئمتنا في أن المقصود من العقد أيّهما ، فمنهم من قال : المقصود الحضانة ، والخدمةُ ، واللبن تبعٌ ؛ لأن المنافع هي المستحقةُ بالإجارة ، واللبن عينٌ ، وإذا انعقد على المنفعة ، لم يبعد أن يتبعها عينٌ ، كما إذا استأجر داراً فيها بئرٌ ، فالإجارة علىٰ منافع الدار ، وماء البئر يختص بالمستأجِر تبعاً ، والدليل عليه أن الله تعالىٰ [سمىٰ][(٦)] ما يبذل لصاحبة اللبن أجرةً ، والأجرةُ عِوض المنافع ، واللبن يبعد أن يكون مقصوداً ، وهو مجهول متفاوت .

ش ١٢١ ومن أئمتنا من قال : المقصود/ اللبن ، والحضانةُ تابعةٌ ؛ فإن إحياء الولد وتربيتَه باللبن ، والحضانةُ تعهدٌ ، وقيامٌ بالخدمة .

---

(١) في الأصل : «كما» .
(٢) (د١) : وإذا .
(٣) (د١) : لا يجوز .
(٤) في الأصل : فيما .
(٥) في الأصل : تتبعها . وعبارة (د١) : وأن الحضانة تتبعه .
(٦) في الأصل : ثمىٰ (بالثاء) .

وبالجملة إنما يتميز المقصود بحكم العرف .

ومن أئمتنا من قال : هما جميعاً مقصودان . ولعله الأصح ، والأعدلُ ؛ فإنه يجوز الاستئجار علىٰ كل واحدٍ منهما ، علىٰ حياله . وما ذكرناه من منع إفراد الإرضاع عند بعض الأصحاب بعيدٌ ، وقد فسرناه بما يخرج معظم أفعال الحاضنة ، فبان أن كل واحدٍ منهما يجوز إفراده بالعقد ، فإذا جمعا كانا مقصودين .

التفريع على الوجوه :

٥٠٨٥ـ إن قلنا : المقصود الحضانة ، فلو انقطع اللبن ، لم تنفسخ الإجارةُ ؛ لبقاء مقصودها ، ولـٰكن يثبت الخيار ، كما لو استأجر طاحونةً ، وانقطع الماء المدير ، فللمستأجر خيارُ الفسخ .

ومن قال : المقصود اللبن ؛ فإذا انقطع ، وجب الحكم بانفساخ الإجارة .

ومن جعل اللبن والحضانة مقصودين ، فإذا انقطع اللبن ، وجب أن يقال : هو بمثابة ما لو اشترىٰ عبدين ، فتلف أحدهما قبل القبض ، فينفسخ البيع في التالف ، وفي الانفساخ في الثاني قولا تفريق الصفقة .

هـٰذا بيان الوجوه وفوائدها .

٥٠٨٦ـ وقال قائلون : ما ذكرناه من أن الحضانة تتبع الإرضاعَ ، والإرضاعُ يتبع الحضانةَ مأخوذٌ من هـٰذا الاختلاف الذي ذكرناه في أن المقصود من الإجارة المشتملة على الحضانة والإرضاع ماذا ؟ وهـٰذا غفلةٌ عن مأخذ الكلام ؛ فإن الإتباع والاستتباع محالان علىٰ حكم العرف ، كما قدمناه ، بدليل أنه يجوز إفراد الحضانة والتصريحُ بقطع الإرضاع ، وكذلك يجوز إفراد الإرضاع والتصريح بقطع الحضانة .

فَرْعٌ : ٥٠٨٧ـ ليس للمنكوحة أن تؤاجر نفسها للإرضاع ، وإن كان الزوج لا يستحق منها هـٰذه المنفعة ، والسبب في المنع أنها لا تقدر علىٰ تسليم نفسها ، وعلىٰ توفية ما يستحق عليها ، ولو قدرنا صحة الإجارة ؛ إذ لو أرادت إدخال الصبي دار زوجها ، لم يكن لها ذلك ، وللزوج منعها من الخروج . ولو أجِرت نفسها بإذن زوجها للإرضاع ، صح ذلك ، ثم يجب الوفاء بالعقد .

٥٠٨٨ـ ولو أراد الزوج أن يستأجرها لترضع ولده منها ، أو من غيرها ، فقد ذكر

العراقيون أن الاستئجار فاسد ، فإنها على الجملة مستغرقة المنافع بحق الزوج .

وقطع **المراوزة** بصحة الاستئجار ، والوجه ما ذكروه ؛ فإنّ استئجار الزوج إياها بمثابة إذنه لها في أن تؤاجر نفسها ، والإرضاع ليس واجباً عليها ، والزوج لا يستحق من منافعها شيئاً إلا منفعة المستمتع . والذي ذكروه[١] مذهبُ **أبي حنيفة**[٢] ـ رضوان الله عليه ، / فلستُ أعتد إذاً بما حكَوْه ، وإن قطعوا به . ي ١٢٢

فَرْعٌ : **٥٠٨٩ـ** إذا استأجر الرجل وراقاً ليكتب له شيئاً معلوماً ، فهل يدخل الحِبرُ في مطلق الاستئجار ؟ ذكر الشيخ **أبو علي طريقين للأصحاب** : فمن أصحابنا من قال : في المسألة **وجهان** ، كالوجهين في أن الرضاع هل يتبع الحضانة . وقد ذكرنا وجهين في ذلك ، والمتبع في تشبيه الحبر باللبن العرفُ ، وجريانُه بأن يهيء الوراق الحبرَ منَ عند نفسه ، ويصلحه علىٰ ما يُحب [ويؤثر][٣] .

التفريع[٤] : **٥٠٩٠ـ** إن قلنا : الحبر يتبع ، فلا كلام ، وإن قلنا : لا يتبع ، فلو شُرط ، ثبت ، وإن كان مجهولاً كالرضاع . هـٰذه طريقة .

ومن أصحابنا من قطع بأن الحبر لا يتبع الكتابة ، وليس في معنىٰ [اللبن في][٥] الإرضاع ، ولو ذكر مع الكتابة على الجهالة ، فسد ، وإن ذُكر وأُعلم ، فهو جمعٌ بين بيع عينٍ وإجارة في صفقة واحدة ، وفيه الخلاف المشهور .

وهـٰذه الطريقةُ أمتن وأقيس ؛ فإن الاستئجار على الرضاع المجرد جائز ، ولا يجوز أن يبتاع الإنسان من الحبر ما يكتب به مجلّدةً ، أو مجلدتين ، والسر في ذلك أن تصحيح الاستئجار على الإرضاع متلقىٰ من الضرورة المرهقة ، والحاجة الحاقة .

---

(١) المراد العراقيون.

(٢) الذي عند الأحناف ـ فيما رأيناه ـ أن استئجار الزوجة علىٰ إرضاع ولده ليس جائزاً بإطلاقه ، بل يجوز إذا كان الولد من غيرها ، أما إذا كان منها فلا يجوز ، نص عليها السرخسي والكاساني (ر . المبسوط : ٥/١٢٧ ، ١٢٩ ، البدائع : ٤/١٩٢) .

(٣) في الأصل : ويؤثره .

(٤) (د١) : التفريع عليه : أنا إن .

(٥) زيادة من (د١) .

وكان شيخي يقطع بأن استئجار الخياط لا يُلزمه الخيطَ ، بخلاف الحبر ، والأمر علىٰ ما ذكر .

والفاصل أن جريان العرف في الورّاق قريبٌ من الاطراد ، في أن الورّاق يتكلف الحبرَ ، والأمر في الخياط بخلاف ذلك .

وإن اضطربت العادة في الخياط والورّاق ، في الحبر والخيط ، فقد ذكر **القاضي** وطائفة من الأصحاب أن إطلاق العقد يُبطله ، ولا بد من التعرض لما يقع التوافق عليه في الحبر والخيط ؛ فإنّ العادات إذا ترددت واللفظ بينها لا تفصيل فيه ، فهو ملتحق بالمجملات .

وكان شيخي يقطع بأن العادات إذا اختلفت ، فالحبر والخيط على المستأجر ، وليس علىٰ [الآجِر][1] إلا الكتابة [والخياطة][2] ؛ فإنها المذكورة ، فلا مزيد علىٰ مقتضى اللفظ ، ووضع العقود على اتباع [قضايا][3] الألفاظ إلا أن يغيّرها العرف ، فإذا اضطرب العرف ، لم نبالِ به ، ورجعنا إلىٰ موجب اللفظ ، وكذلك القول في الخياطة .

فَصْلٌ

قال : « والإجاراتُ صنفٌ من البيوع . . . إلىٰ آخره »[4] .

٥٠٩١ـ الإجارات معاوضةٌ محققة مشتملةٌ على التمليك من الجانبين ، فالمُكري يملك الأجرة على المستأجر ، والمستأجر يملك عليه في مقابلة الأجرة منفعةَ العين ، أما الأجرة ، فإنها بمثابة الأثمان ، فإن عُجِّلت ، تعجلت ، وإن أُجلت ، وكانت ديناً ، تأجلت . وإن أطلقت ، تعجلت ، كما لو قيدت بالتعجيل ، فهي فيما ذكرناه تنزل منزلة الثمن .

---

(١) في الأصل : الورّاق . وأثبتنا (الآجر) من (د١) ، كي تشمل الخياط ، الذي زدناه منها .

(٢) مزيدة من (د١) .

(٣) ساقطة من الأصل .

(٤) ر . المختصر : ٣/ ٨٠ .

٥٠٩٢ـ ولو كانت الأجرة عيناً مشاراً إليها ، تعيّنت ، ولو كانت الأجرة صُبرةَ دراهم أشير إليها ، ولم تكن معلومةَ/ المقدار ، فلأصحابنا **طريقان** : منهم من قال : يصح ذلك ، وتثبت الأجرة جزافاً ، تعويلاً على الإشارة ، كما يثبت الثمن كذلك . ش ١٢٢

ومن أصحابنا من خرّج جواز ذلك علىٰ قولين ، كالقولين في رأس المال في السلم ، وقد قدمنا قولين في أن رأس مال السلم إذا كان جُزافاً هل يصح السلم ، والجامع بين العقدين أن السلم عقدُ غررٍ ، وكذلك الإجارة عقدُ غرر ؛ فإنّ المنافعَ توجد شيئاً ، فشيئاً ، ولا يستقر الضمان ما لم تنقض المدة في يد المكتري ، وقد [يعرض][(١)] تلفُ العين المستأجرة ، وانفساخُ الإجارة في المدة المستقبلة ، ثم تمس الحاجة إلىٰ توزيع الأجرة المسماة علىٰ ما مضىٰ وبقي ، فإذا لم تكن الأجرة معلومةً ، جَرَّ ذلك خبطاً وجهالة يعسر دفعُها .

والفقه في العقدين أنهما جُوِّزا علىٰ حسب الحاجة ، واحتمل فيهما من الغرر ما يليق بقدر الحاجة، [فما][(٢)] يفرض زائداً علىٰ مقدار الحاجة [فسد وأفسد][(٣)] . هـٰذا قولنا في الأجرة .

٥٠٩٣ـ فأما المنافع ، **فمذهب الشافعي** أن المستأجر يملكها بالعقد ، ومعنىٰ ملكه لها أنه يستحق علىٰ مالك الدار توفيةَ المنافع ، من عين الدار ، وهـٰذا الاستحقاق يضاهي من وجهٍ استحقاقَ الديون ؛ من حيث إن المنافع ليست موجودة ، ونحن نقضي بالملك حملاً على الاستحقاق ، كما نقضي بكون الدين مملوكاً لمستحقه ، وإن لم نكن نعني به استحقاقَ عينٍ موجودة في الحالة الراهنة ، ولـٰكنّ الدين لا يتعلق بعين ، والمنافع تستحق من عينٍ مخصوصة . وقد قررنا ذلك في (**الأساليب**) .

٥٠٩٤ـ ثم إذا قبض المستأجر العينَ المستأجرةَ ، ثبت حكم الملك ، والقبضِ في

---

(١) في الأصل : يفرض .

(٢) في الأصل : وما .

(٣) عبارة الأصل : يفسُد ويُفسِد .

منافع [العين][1] المستأجرة ، وآية ذلك أنه لو أصدق امرأةً سكنىٰ دارٍ مدةً معلومة ، وسلم الدار إليها ؛ فإنه يستحق عليها تسليمَ النفس .

ولو فُرِض ما ذكرناه نجْمَ الكتابة ، فالمكاتب يعتِق . لـٰكن لا ينتقل الضمان إلى المستأجِر ؛ فإن العين المستأجرة لو تلفت بعد قبض المستأجر ، انفسخت الإجارة في المدة المستقبلة ، فالقبض في العين وإن كان يؤثر في تأكيد حق المستأجِر ، وتسليطه على الإجارة ، فلا يتضمن نقلَ الضمان عن المُكري بالكلّية ، ولا تنقطع العلائق بالكلية ؛ فإن القبضَ في المنافع لم يحصل محسوساً ، وإنما حصل حكماً .

ومن الدليل علىٰ بقاء العُلقة أنه يجب على المكري السعيُ في إدامة يدِ المستأجر على العين المستأجرة ، حتىٰ لو استرمّت الدارُ المكراة ولوْ لم تُعمَّر ، لَعسُر استيفاء المنفعة ، فيجب على المُكري أن يعمّرها ، كما سيأتي ذلك مشروحاً في موضعه، إن شاء الله عز وجل .

٥٠٩٥ـ ثم المذهب الأصح أن المستأجِر لو أراد أن يُكري الدارَ المستأجرةَ قبل قبضه إياها ، لم يجد إلىٰ ذلك سبيلاً ، وإنما يتسلط علىٰ إجارتها إذا قبضها/ . وقبضُه يؤثر في تسليطه على الإجارة ، ولا يقطع عُلقة الضمان عن المكري ؛ لأن العين المستأجرة ، لو تلفت بعد القبض ، حُكم بانفساخ الإجارة . ١٢٣ ي

وأبعد بعض أصحابنا ، فجوّز للمستأجر إجارة العين المستأجرة قبل القبض ، فإنّ قبض العين إذا كان لا ينقل الضمان على الحقيقة ، ولا يقطع عُلقةً من المكري ، فلا أثر لهُ في التسليط على الإجارة ، فكما تصح الإجارة من المستأجر بعد قبض العين ، فكذلك يصح ذلك منه قبل القبض .

---

(١) في الأصل : الدار .

فَصْلٌ

قال: « فإن قبض العبدَ، فاستخدمه، أو المسكن، فسكنه. . . إلىٰ آخره »[١].

٥٠٩٦ـ قد ذكرنا أن القبض في العين المستأجرة لا ينقل الضمان عن المكري ، وإن كان يُبيح التصرفَ للمكتري ، فإذا استأجر عبداً وقبضه ، فتلف ، نُظر : فإن تلف كما[٢] قُبض ، ولم ينقضِ [من][٣] مدة الإجارة شيء به اعتبار ؛ فإن الإجارة تنفسخ ، وترتدّ الأجرة .

وإن مضىٰ بعضُ المدة في يد المستأجر ، ثم تلفت العين ، فالإجارة تنفسخ في المدة الباقية المستقبلة .

وهل نقضي بانفساخها في المدة الماضية ؟ فعلىٰ قولين : **أظهرهما** وأشهرهما ـ أنها لا تنفسخ في المدة الماضية ؛ فإن المنافع صارت مستوفاة فيما مضىٰ تحت يد المستحِق ، ثم فاتت من ضمانه واستحقاقه ، فلا ينعطف انفساخ العقد عليه .

والقول الثاني ـ وهو ضعيف مزيف ، أن الإجارة تنفسخ فيما مضىٰ . وهـٰذا القول يجري فيه إذا اشترىٰ عبدين ، وقبض أحدَهما ، وتلف في يده ، ثم تلف العبدُ الآخر في يد البائع ، فالبيع ينفسخ في العبد الذي تلف في يد البائع . وهو نظير الإجارة في المدة المستقبلة في مسألتنا . وهل نحكم بانفساخ البيع في العبد الذي قبضه المشتري وتلف في يده ؟ المذهب أنا لا نحكم بذلك ؛ لتلفه تحت يد المستحق .

وفيه قولٌ بعيد أنا نحكم بانفساخ العقد فيه .

التفريع على القولين في الإجارة :

٥٠٩٧ـ فإن حكمنا بأن الإجارة تنفسخ في المدة الماضية بانفساخها في المدة المستقبلة ، فترتد الأجرة المسماة بكمالها على المستأجر ، ويغرَم [المستأجر][٤]

---

(١) ر . المختصر : ٣/ ٨١ .

(٢) «كما» بمعنى «عندما».

(٣) ساقطة من الأصل .

(٤) مزيدة من : (د١) .

للآجر قيمةَ ما تلف في يده ، وهو أجرة مثل المنافع في الزمان الماضي .

وإن حكمنا بأن الإجارة لا تنفسخ في المدة الماضية ، ولا يقع الانفساخ فيها ، فهل يثبت للمستأجر الخيارُ في فسخ الإجارة ؟ فعلىٰ قولين : **أصحهما** ـ أنه لا يثبت خيارُ الفسخ فيها ؛ فإنها لو قبلت الفسخَ إنشاءً بسبب الخيار ، لقبلت الانفساخ .

والقول الثاني ـ أنه يثبت خيار الفسخ فيها لتبعّض الأمر وانفساخه ، وخيار الفسخ أعم من الانفساخ ؛ فإنه يثبت لا محالة ، حيث لا يثبت الانفساخ وقوعاً .

٥٠٩٨ ـ فإذا انتهى التفريع إلى التبعيض ، وهو الجواب الصحيح/ ، وأردنا أن نُبقي العقدَ وحُكمَه في الزمان الماضي ، ونقضي بانفساخه في الزمان المستقبل ، فلا ننظر في ذلك إلىٰ مقدار الزمان ، حتىٰ إذا كان مضىٰ نصفُ المدّة ، وبقي نصفُها ، فلا نحكم بالانفساخ في النصف وبقاء العقد في النصف ، ولـٰكن ننظر في أصل التوزيع إلىٰ أجرة المثل ، فإن كان مثل ما مضىٰ كأجر مثل ما بقي ، نصّفْنَا ، وقضينا بانفساخ العقد في النصف ، واستقراره في النصف . ١٢٣ ش

وإن كانت الأجرة[1] للزمان الماضي أكثرَ ، [لوقوع ذلك الزمان في موسم يكثر في مثله الرغبات][2] في منافع العين ، وكان[3] أجر مثل ما بقي أقل ، ضبطنا النسبة[4] ، ونسبنا ما بقي إلىٰ ما مضىٰ وأجرينا الحكم علىٰ حسب ذلك .

فإذا كان أجر مثل الماضي ثلثين ، وأجر مثل الباقي ثلثاً ، قضينا باستقرار العقد في ثلثي المعقود ، واستقر بحسب ذلك ملكُ الآجِر في ثلثي الأجرة المسماة ، ونحكم بانفساخ الإجارة في الثلث ، فيسترد المستأجر ثلثَ الأجرة المسماة .

وكذلك الاعتبار لو كان الأمر على العكس في ذلك ، وكانت أجرة مثل ما مضىٰ مائة ، وأجرة مثل ما بقي مائتين والأجرة المسماة خمسمائة ، فيستقر ثلثها ، ويرتد ثلثاها إلى المستأجر لمكان الانفساخ في المدة المستقبلة .

---

(١) عبارة (د١) : وإن كانت أجرة المثل في الزمان الماضي . .
(٢) عبارة الأصل : مثل الزمان في الموسم ، فإنه تكثر الرغبات .
(٣) عبارة (د١) : وكانت أجرة المثل فيما بقي أقل .
(٤) (د١) : ضبطنا التقسيم .

وتفاوت الأجرة في المدتين كتفاوت القيمة في عبدين يشتريهما ، ويقبض أحدَهما ، ويتلف في يده ، ثم يتلف الثاني في يد البائع ، فينفسخ البيعُ في العبد التالف في يد البائع ، ويستقر في العبد الذي قبضه المشتري وتلف في يده ، والرجوع إلى القيمتين في العبدين قراراً وانفساخاً . ووضوح ذلك يغني عن مزيد الشرح فيه .

وهٰذا كله فيه إذا استأجر عيناً ، وقبضها ، ثم تلفت في يده تحقيقاً ، كالعبد يتلف في يد المستأجر ، وهو مورد العقد .

٥٠٩٩ـ فلو استأجر داراً ، وقبضها ، ثم انهدمت في يده بعد مضي مدة كما سبق تصويرها ، فالذي ذهب إليه الجماهير أن الإجارة تنفسخ بانهدام الدار في المدة المستقبلة ، كما تنفسخ بموت العبد المستأجَر . والكلام في انفساخها أو فسخها بالخيار في المدة الماضية على التفصيل الذي تقدم ذكره .

وذهب بعض القياسين من الأئمة إلىٰ أن الإجارة لا تنفسخ بالانهدام [في][١] المستقبل ، فإن المنافع لا تزول بالكلية ؛ إذ العرصةُ باقية ، والانتفاع بها سُكُوناً[٢] ممكن على الجملة ، وليس كموت العبد المستأجَر ؛ فإن موته يزيل وجهَ الانتفاع بالكلية .

فإن جرينا علىٰ ما ذهب إليه الأصحاب في الانهدام، فالتفريع في التوزيع كما تقدم في تلف العبد .

وإن لم نجعل الانهدام بمثابة التلف ، فإنا نجعله بمثابة تعيّب المعقود عليه، ولو تعيّب ، لثبت للمستأجر حقُّ الخيار . فإن أجاز العقدَ ، استقرت/ الأجرة المسماة بكمالها للمكري ، ولم يملك المستأجر استرداد شيء منها ، لرضاه بالعيب ، ولا يخفىٰ نظير ذلك في المبيع إذا وقع الرضا [بعيبه][٣] .

ي ١٢٤

(١) ساقط من الأصل .
(٢) سكوناً : أي سكناً ، وهٰذا الاستعمال واردٌ في كلام الغزالي أيضاً وغيره من الفقهاء ، ولم أعثر عليه في المعاجم ، ولم أجد أحداً ممن يشتغلون بعلوم اللغة سمع به ، بل كانوا جميعاً يستغربونه ، ويعجبون منه .
(٣) في الأصل : بعينه ، و(د١) : بدون نقط .

وإن فسخ العقدَ ، انفسخ بفسخه في المستقبل ، وعاد التفريع على التوزيع الذي قدمناه في المدة الماضية والمستقبلة .

والانهدامُ إذا لم يكن تلفاً عند هـٰؤلاء ، فهو كالتعيّب في المعقود عليه ، وليست العَرْصة الباقية مع السقوف التالفة بمثابة عبدين استأجرهما ، وتلف أحدهما وبقي الثاني .

٥١٠٠ـ وقد ذكرنا في أحكام البيع أن من اشترىٰ داراً واحترق سقفها في يد البائع ، فيكون ذلك كتعيّب المبيع في يد البائع ، أم يكون كتلف بعض المبيع ، حتىٰ نقول[١] : السقف مع بقاء العرصة بمنزلة تلف أحد العبدين المبيعين مع بقاء الثاني ؟ فيه اختلاف مشهور ، تقدم ذكره في كتاب البيع . وهـٰذا الاختلاف لا يجري في الإجارة .

فإن حكمنا بأن انهدام الدار بمثابة تلف العبد المستأجَر ، فلا كلام . وإن لم نجعله تلفاً في جميع المعقود عليه ، لم[٢] نقل : تَلِفَ بعضُ المعقود في الإجارة ، وبقي البعضُ . والفرق بيّنٌ بين العقدين : الإجارة والبيع ؛ فإن الغرض من البيع المالية، فلا يمتنع أن يكون للسقف جزءٌ معلوم من المالية ، ولا يتحقق مثل ذلك في الإجارة . وهـٰذا بيّنٌ للمتأمل لا خفاء به .

٥١٠١ـ ومما فرعه الأئمة في ذلك أن قالوا : من استأجر عبداً مدةً معلومة ، وقبضه ، ثم إن المستأجر أتلفه بنفسه ، فالإجارة تنفسخ بفوات العبد بهـٰذه الجهة، كما تنفسخ إذا مات حتف أنفه ، أو قتله أجنبي ، وليس ذلك كما لو اشترىٰ عبداً وأتلفه ؛ فإنا نجعل إتلافه إياه قبضاً منه ، كما تقدم تقريره ، في كتاب البيع ، ولا نجعل إتلافَ المستأجِر للعين بهـٰذه المثابة .

والفرق أن إتلاف المشترىٰ يرِد علىٰ عين المعقود عليه ، فيقع قبضاً لما تقدم ذكره[٣] في البيع . وإتلاف المستأجَر[٤] لا يرد على المعقود عليه في الإجارة ؛ فإن

(١) (د١) : ننزل السقف مع العرصة منزلة .
(٢) (د١) : ثم .
(٣) (د١) : تقريره .
(٤) (د١) : المشتري .

المقصود فيها المنافع ، والإتلافُ لا يتناولها . نعم يمتنع بسبب إتلاف العبد وجودُ منافعه في المستقبل ، فالحكم إذاً ما ذكرناه من الانفساخ ، كما لو مات العبد بنفسه ، أو قتله أجنبي .

٥١٠٢ـ قال القاضي إذا استأجر داراً ، وقبضها ، وعابت الدار في يده ، فإنا نُثبت له حقَّ الفسخ ، كما سنشرح ذلك في مسائل الكتاب، إن شاء الله تعالىٰ .

فلو أنّ المستأجر عيّب تلك الدارَ بنفسه ، والتزم أرش النقص بسبب جنايته ، فله حق فسخ الإجارة ؛ فإن العيب قد وقع ، فلا نظر بعد وقوعه إلىٰ جهة الوقوع ؛ بناء علىٰ ما مهدناه في التلف ؛ فإنه يوجب الانفساخ، سواء وقع أو أوقعه المستأجر قصداً . [فالقول][1] في وقوع العيب كالقول في وقوع التلف .

وهـٰذا الذي ذكره منقاسٌ حسن ، لا ينقدح/ في الفقه غيرُه . ش ١٢٤

ولـٰكن قد يختلج في صدر الفقيه خلافُه ؛ من جهة أنه المتسبب إلىٰ إيقاع هـٰذا العيب ، وهـٰذا الاحتمال لا يظهر في الإتلاف؛ (٢ من جهة أن المنفعة قد فاتت بالإتلاف ٢) ، ولم يصادفها في عينها إتلاف ، والمنفعة في مسألة التعييب لم تفت ، وإنما طرأ عليها عيبٌ ، والمستأجِر[3] سببه ، فلا يبعد ألا يثبت الخيار .

٥١٠٣ـ وقال القاضي مفرعاً علىٰ ما ذكره : إذا[4] جعلنا طريان الجَبّ على الزوج مثبتاً للمرأة حقَّ الفسخ ، على التفصيل الذي سيأتي ذكره في كتاب النكاح، إن شاء الله تعالىٰ، في الفرق بين ما قبل المسيس وبعده ، فلو[5] جبَّت المرأةُ بنفسها زوجَها ينبغي أن يثبت لها الخيار في الفسخ ، وإن حصل العيب بجنايتها ، وفعلها .

وهـٰذا الذي ذكره جارٍ علىٰ قياسه الفقيه الذي مهده ، وفيه الاحتمال الذي ذكرناه ،

---

(١) ساقطة من الأصل .
(٢) ما بين القوسين سقط من (د١) .
(٣) (د١) : فالمستأجر .
(٤) سقطت من (د١) .
(٥) جواب (إذا) .

وقد [يعتضد][1] الاحتمال بشيء ، وهو أن المرأة لو أخّرت حق الفسخ مع التمكن منه ، فقد نجعل ذلك سبباً في بطلان حقها ، فإذا كان يبطل حقها بالتأخير لإشعاره برضاها بالمقام تحت الزوج المجبوب ، فإقدامها على الجب لأن[2] يدل على رضاها أولىٰ .

هـٰذا وجهٌ ، والأوجه الأفقه ما ذكره **القاضي** .

فَصْلٌ

قال : « ولا تنفسخ بموت أحدهما ما كانت الدار قائمة . . . إلىٰ آخره »[3] .

٥١٠٤ـ مذهب **الشافعي** أن الإجارة لا تنفسخ بموت أحد المتعاقدين ، إذا بقيت العين المستأجرة ، فلا نقضي بانفساخها بموت الآجِر ، ولا بموت المستأجر ؛ فإن الإجارة معاوضةٌ لازمة ، فإذا لزمت، لم يتضمن موتُ أحد المتعاقدين انفساخَها ، كالبيع .

وأبو حنيفة[4] خالف في ذلك .

ولو أجر الحرُّ نفسَه ، ثم مات ، فالإجارة تنفسخ لفوات المعقود عليه ، لا لفوات العاقد .

والإجارة فيما ذكرناه تضاهي النكاح في القاعدة ، فإذا زوّج السيد أمته من إنسانٍ ، ثم مات السيد ، وبقيت الأمة المزوّجة وزوجُها ، فالنكاح قائم ، ولا يؤثر فيه تلفُ السيد المزوِّج ، وإذا مات أحد الزوجين ، فموته يضاهي موت المعقود عليه في الإجارة ، ولـٰكن لا ينفسخ النكاح بموت أحد الزوجين ، بل ينتهي نهايته ؛ فإن النكاح معقودٌ للعمر ، فإذا تصرّم ، كان منقضَى العمر منتهى النكاح .

---

(١) في الأصل : يقتضيه .
(٢) (د١) : لا يدل .
(٣) ر . المختصر : ٣/ ٨١ . وفي الأصل : باقية ، وفي (د١) : مادامت باقية . والمثبت نص المختصر .
(٤) ر . حاشية ابن عابدين : ٥/ ٥٢ .

وإذا فاتت العين المستأجرةُ في أثناء المدة ، فات بفواتها المنفعة المستحقة في بقية المدة ؛ فإن الإجارة عقدت للمنفعة التي تحتويها المدة .

ثم ذكر الأئمة أحكاماً في طريان الملك على الإجارة ، ونحن بعون الله تعالىٰ نأتي بها موضّحة مشروحة إن شاء الله عز وجل .

٥١٠٥ـ فنقول أولاً : من نكح أَمَةً ، ثم ملكها بإرثٍ ، أو اكتسابٍ ، فينفسخ النكاح بطريان الملك علىٰ رقبة الزوجة ، بلا خلاف .

ي ١٢٥ ومن اكترىٰ داراً اكتراءً/ صحيحاً ، ثم ملك في أثناء المدة رقبةَ الدار بإرثٍ ، أو اكتسابٍ ، فهل نقضي بانفساخ الإجارة في بقية المدة ، فعلىٰ **وجهين مشهورين** : **أحدهما** ـ أنا نحكم بالانفساخ قياساً على النكاح ؛ إذ لا خلاف أن طريان الملك على الزوجة يتضمن انفساخَ الزوجيّة ، والجامع أن ملك اليمين يُثبت استحقاق منفعة البضع ، والنكاحُ يتضمن ذلك ، فيستحيل[1] أن يستحق منفعةَ البضع بجهتين . وملكُ الرقبة لا سبيل إلىٰ درائه[2] ودفْعه ، فاقتضىٰ ذلك انقطاعَ النكاح . فكذلك ملك الرقبة يتضمن ملك المنفعة ، والإجارة تقتضي ملكَ المنفعة ، فلا يسوغ اجتماعُ موجبي الاستحقاق في شيء واحدٍ .

٥١٠٦ـ ومن أصحابنا من قال : لا تنفسخ الإجارة بطريان الملك على الرقبة ، بل تبقىٰ علىٰ مقتضاها ، كما سنبين حكمَ بقائها بالتفريع ، إن شاء الله تعالىٰ .

ولو أكرى الإنسانُ داره ، ثم إن المالكَ المكري اكترىٰ تلك الدارَ من المكتري ، ففي صحة ذلك وجهان [مأخوذان][3] مما تقدم ذكرُه . فإن جعلنا ملك الرقبة والاستئجارَ نقيضين ، لم تصح الإجارة ، وإن حكمنا بأنهما لا يتناقضان ، وإذا طرأ الملك على الرقبة ، بقيت الإجارةُ، فنحكم بأنه يصح من المالك أن يُكريَ ملكه ، ثم يكتريه من المكري .

(١) في (د١) : ويستحيل .
(٢) درائه : أي درئه ، ويستخدم الإمام دائماً ، بل غالباً هـٰذا الوزن (دراء) مكان الدّرء .
(٣) ساقطة من الأصل .

٥١٠٧ـ فإذا ثبت ما ذكرناه ، فنقول في التفريع : من اكترىٰ داراً سنةً ، ثم ملكها في أثناء السنة ، فإن حكمنا بأن الإجارة لا تنفسخ في بقية المدة ، فلا يسترد [المكتري][١] شيئاً من الأجرة ؛ فإن الإجارة قائمة ، ولو انقطع الملك الطارىء في رقبة الدار بسببٍ مثل أن يشتري المستأجر الدارَ ، ثم يطلع علىٰ عيبٍ قديمٍ يُثبت مثلُه حقَّ الفسخ في البيع ، ولا يُثبت حق الفسخ في الإجارة ، فإذا فُسخ البيعُ بالعيب ، فالإجارة باقية كما كانت ، فيتمسك بالدار بحق الإجارة إلى انقضاء المدة .

وإن حكمنا بانفساخ الإجارة بسبب طريان الملك على الرقبة ، فإذا رد المبيعَ بالعيب ، فالإجارة لا تعود بعد انفساخها . وهـٰذا بيّن لا شك فيه .

٥١٠٨ـ ثم إن ابنَ **الحداد** فرّع علىٰ هـٰذا الأصل ، واختار أن طريان الملك على الرقبة يوجب انفساخ الإجارة ، وقال[٢] بعد هـٰذا الاختيار : إن حصل الملك في الرقبة قهراً بالإرث ، وحكمنا بانفساخ الإجارة ، فالمستأجر يرجع بقسطٍ من الأجرة في مقابلة المدة المستقبلة ، ولو حصل له الملك باختياره ، فاشترى الدار المستأجرة ، فالإجارة تنفسخ ، كما ذكرناه في اختيار **ابن الحداد** . ثم قال : لا يسترد من الأجرة شيئاً ، واعتلّ بأن الانفساخ ترتب على اختياره لمَّا تملّك الرقبةَ قصداً ، وإذا كان حصول ذلك مترتباً على الاختيار كما ذكرناه ، فهو المتسبب إلىٰ رفع الإجارة/ في المستقبل ، من غير سببٍ خاص يُثبت حقَّ رفع الإجارة ، كالرد بالعيب المؤثر في مقصود الإجارة ، فلا يثبت له حق استرجاع الأجرة في المستقبل[٣] . ١٢٥ ش

٥١٠٩ـ وهـٰذا الذي ذكره ضعيف ، خارج عن قياس الفقه خروجاً ظاهراً ؛ فإن الإجارة إذا انفسخت ، فلا أثر للقصد ، وعدم القصد في سبب ارتفاع الإجارة . [وسنذكر هـٰذا الفرع **لابن الحداد** مستقصىً في آخر المزارعة من هـٰذا الكتاب، إن شاء الله تعالىٰ][٤] .

---

(١) في الأصل : المكري .
(٢) (د١) : وقال ابن الحداد .
(٣) سيأتي مزيد شرح ، وتفصيل لفروع ابن الحداد في آخر كتاب الإجارة .
(٤) ما بين المعقفين سقط من الأصل .

وليت شعري ماذا يقول **ابن الحداد** فيه إذا هدم المستأجر الدار المستأجرة ، أو قتل العبدَ المستأجر ، فهو المتسبب إلى انفساخ الإجارة قصداً ، فقياس **ابن الحداد** أنه لا يسترد من الأجرة شيئاً في مقابلة المدة المستقبلة . وهٰذا إن قال به في نهاية البعد .

٥١١٠ـ ثم فرق **ابن الحداد** بين طريان الملك القهري ، وبين طريان الملك علىٰ سبيل الاختيار ، فحكم بأن الملك إذا كان قهرياً ، وترتَّب عليه انفساخ الإجارة ، فيثبت[١] حق استرداد الأجرة في المستقبل ، بخلاف ما لو حصل الملك باختياره ، واستشهد الأصحاب لما ذكره من الفصل بين القهر والاختيار بأصلٍ يناظر ما نحن فيه من النكاح ، وهو أن من نكح أمةً ، ثم ورثها قبل المسيس ، وانفسخ النكاح ، فلا يثبت من مهرها شيء ، ولو اشترىٰ زوجته قبل المسيس تشطّر المهرُ ، كما لو طلّق قبل المسيس ، فرقاً بين أن يختار سبب الفسخ ، وبين أن يقع من غير اختياره .

وهٰذا التفريع من **ابن الحداد** والفرق[٢] بين الملك القهري ، وبين الملك الاختياري ساقط لا أصل له ، ويلزمه بحسبه أن يقول : لو أتلف المستأجر [العين المستأجرة ، لم يسترد من الأجرة شيئاً ، لمكان اختياره ؛ بخلاف ما لو تلفت][٣] العين بنفسها ، فإن[٤] ارتكب ذلك طرداً لقياس مذهبه ، رجع الكلام معه إلىٰ إفساد أصل مذهبه ، وإن سلم ذلك ، لم يجد فصلاً .

هٰذا تمام البيان في طريان ملك الرقبة علىٰ مدة الإجارة .

٥١١١ـ ومما يتصل بما نحن فيه أن المالك إذا أجر الدار ، ثم أراد بيعها ، ففي بيع الدار المكراة **قولان مشهوران** ، سيأتي ذكرهما ، إن شاء الله تعالىٰ ، ولٰكنا نشير إليهما لغرضٍ لنا ناجزٍ في الفصل .

فإن قلنا : لا يصح البيع ، فلا كلام .

---

(١) (د١) : يثبت .
(٢) (د١) : في الفرق .
(٣) ما بين المعقفين سقط من الأصل .
(٤) (د١) : وإن .

وإن قضينا بصحة البيع ، فالإجارة لا تنفسخ ، ويجب الوفاء بها إلى انقضاء مُدتها ، فإن أقدم المشتري على الشراء عالماً بأنها مستأجرة ، فلا خيار له ، وإن اطلع علىٰ ذلك بعد الشراء ، فله خيار الفسخ .

ولو باع مالك الدار الدارَ من المستأجر ، صح بلا خلاف ، سواء قلنا : إن طريان الملك على الرقبة يوجب انفساخ الإجارة ، أو قلنا : تبقى الإجارة . فأما إن حكمنا بانفساخ الإجارة ، فقد زال المانع[1] .

وإن حكمنا ببقائها ، فسبب القطع بصحة البيع أن الحق لا يعدوهما ، وإن كنا نمنع بيع المكري لمكان يد المكتري وتعذّر إزالة يده ؛ فاليد فيما نحن فيه للمشتري ، فإنه المكتري .

٥١١٢ـ فإذا وضح الحكم بصحة البيع من المكتري ، فنقول بعد ذلك : إذا صححنا البيع في صورة القولين/ ، والمكتري غير المشتري ، فلو فسخ المكتري الإجارة بسببٍ ، فالدار تسلم إلى المشتري أم للبائع الاستمساكُ بمنافع الدار إلى انقضاء مدة الإجارة ؟ فعلىٰ وجهين : **أحدهما** ـ أن الدار تسلم إلى المشتري ؛ فإن الحق في المنافع [كان][2] للمكتري ، وقد انقطع حقُّه ، فصار كما لو اشترىٰ داراً خليَّةً عن الإجارة . ١٢٦ ي

والثاني ـ أن حق المنافع إلىٰ تمام مدة الإجارة للبائع ؛ فإن البيع ورَدَ والمنافعُ مستثناةٌ عن استحقاق المشتري ، والردّ من المكتري على البائع ، لا على المشتري ، فيخلف البائعُ المكتري باستحقاق المنفعة .

٥١١٣ـ وهـٰذا الخلاف ينبني علىٰ مسألةٍ ، وهي أن الرجل إذا باع داراً واستثنىٰ سكناها سنةً ، ففي صحة البيع علىٰ هـٰذا الوجه **وجهان** : **أحدهما** ـ أنه يفسد ؛ فإنه يخالف موضوعَ البيع ؛ إذ مقتضاه أن يملك المشتري المنافعَ بملك الرقبة .

والثاني ـ أنه يصح وتبقى المنافع المستثناة للبائع .

قال الأئمة : اختلاف القول في صحة بيع الدار المكراة يؤخذ من هـٰذا . فإن قلنا :

---

(١) المانع : تفويت المنفعة على المستأجر .
(٢) في الأصل : كانت .

لا يمتنع استثناء منافع الدار ، فلا يمتنع بيع الدار المكراة ، وإن قلنا : يمتنع استثناؤها ، فيمتنع بيع الدار المكراة . وهـٰذا الذي ذكره يقارب من طريق اللفظ ، ولولا خبرٌ ورد في استثناء منافع المبيع ، لما كان للاختلاف في استثناء المنافع وجه . ولـٰكن ورد خبرٌ[(١)] في جواز استثناء المنافع مدة يقع التوافق عليها ، ومقتضى العقد في وضعه يخالف ذلك .

٥١١٤ـ ولا نعرف خلافاً أنه لو باع أشجاراً، لم تثمر بعدُ، واستثنىٰ ثمار تلك السنة، أو ثمار سنين ، فلا يصح الاستثناء ، وملك الرقبة يقتضي للمشتري استحقاقَ المنافع ، كما يقتضي له استحقاق الزوائد والفوائد ، فالحكم بفساد الاستثناء لا ينافي إجراء القولين في صحة بيع العين المكراة ؛ فإن استحقاق المنافع بالإجارة تقدم علىٰ جريان البيع ، ولم يُبعد تنزيلَ البيع على الرقبة ، وإن كان لا يتأتىٰ تسليم الدار على الفور إلى المشتري ، كما لو باع الرجل داراً مشحونةً [بالأمتعة][(٢)] ، وكان لا يتأتىٰ منه تفريغُها على الفور ، ولو أقدم على التفريغ باذلاً جهده ، لم يتأت إلا في مدة ، فالبيع يصح ؛ فإذاً القولان في بيع المكري لا يستدّ[(٣)] أحدهما من مسألة الاستثناء لما نبهنا عليه .

فَصْلٌ

٥١١٥ـ الإجارة عندنا لا تفسخ بالمعاذير ، إذا لم يثبت في العين المستأجرة ما يقتضي الفسخَ ، خلافاً **لأبي حنيفة**[(٤)] ، فإنه قال : تفسخ الإجارة بالمعاذير ، فلو اكترىٰ رجل حانوتاً ليحترف عليه ، ثم بدا له الانتقالُ إلىٰ سوقٍ آخر ، فيفسخ به العقدَ ، وكذلك إذا اكترىٰ دابة للمسافرة ، ثم انتقض عزمُه ، فله الفسخ في تفصيلٍ لهم .

ونحن لا نرى الفسخَ بشيء من ذلك ، وقد ألزمونا في أثناء الكلام مسألة مذهبية ، لا بد من شرح القول فيها .

---

(١) يشير إلى الخبر الذي جاء فيه أن جابراً رضي الله عنه باع في بعض الأسفار بعيراً من رسول الله صلى الله عليه وسلم على أن يكون له ظهره إلى المدينة .

(٢) ساقطة من الأصل .

(٣) يستدّ : أي يستقيم . والمعنىٰ : لا يؤخذ أحدهما من مسألة الاستثناء .

(٤) ر . مختصر الطحاوي : ١٣٠ ، حاشية ابن عابدين : ٥/ ٥٠ .

٥١١٦ـ فنقول : من استأجر من يقلع له سناً، نُظر ، فإن لم يكن به وجع ، فالإجارة/ فاسدة ؛ لأن السن الذي لا وجع به يحرُم قلعه ، كما يحرم قطعُ عضو من غير علّة ، ولا ضرورةٍ مرهقة . وإن كان السن وجِعاً وقال أهل الخبرة: قلعُه لا يُريح ولا يقطع الألم ، فلا يجوز الاستئجار ، والحالة هـٰذه . ولو قيل : قلعُ السن يريح من الألم ، فيسوغ القلع . وهـٰذا فيه إذا عظم الوجعُ ، وصعب احتمالُه . وقد يؤدي إلى السهر ، ثم السهر عظيمٌ يجر أمراضاً صعبة . ١٢٦ ش

فأما الوجع القريب ، فلا يجوز قلع السن لأجله .

ومن هـٰذا القبيل قطعُ اليد المتآكلة إذا قال أهل الصنعة : إن الأَكَلَة تترامىٰ وتتقاذف لو لم تقطع اليد ، ثم إنما ينفع القطع إذا أخذ القاطع شيئاً من الصحيح ، وإن قلّ .

وكان **شيخي أبو محمد** يحكي في هـٰذا اختلافاً، من جهة وضع الحديدة على المحل الصحيح ، والقطع في نفسه مهلك ، ولعله أرجىٰ من الأكلة . وأما السن الوجِع ، (فليس في قلعه قطعُ ما لا وجع به ، فإن جوّزنا قطع اليد المتآكلة ، كما يجوز قلعُ السن الوجع)[1] فقد **قال الأئمة** : يحق بذل مالٍ لمن يقلع السن .

٥١١٧ـ واختلفوا في أن سبيله سبيل الجِعالة[2] ، أم سبيله سبيل الإجارة ؟ فمنهم من قال : هو جعالة ، فإن الوجع قد يسكن في أثناء الأمر ، وإذا سكن ، لم يجز القلع ، وليس فتور الوجع أمراً بدعاً غريباً ، فجواز العمل ليس موثوقاً به ، والإجارة إنما تصح في عملٍ موثوقٍ به ، أما الجعالة مبناها[3] على الغرر ، [وترقُّب][4] ما يكون .

ومنهم من قال : لا يمتنع الاستئجار عليه ؛ فإن القلع في نفسه فعلٌ معلوم ، وإمكانهُ ظاهر ، وفتور الوجع في الزمان الذي يتأتىٰ فيه القلع بعيد ، ولا يشترط في

---

(١) ما بين القوسين سقط من (د١) .
(٢) الجعالة : بالكسر ، وفيها التثليث .
(٣) مبناها : جواب أما بدون الفاء، كما نبهنا علىٰ ذلك مراراً .
(٤) في الأصل : فيرقب .

صحة الإجارة القطعُ بسلامة العقد عمّا يُنافيه ، ويطرأ عليه ؛ فإن الإجارة الصحيحة متعرضة لتقدير الطوارىء .

٥١١٨ـ وأما قطع اليد المتآكلة إن جوزناه ، فيظهر جواز الاستئجار فيه ، وذلك أن الذي اعتمدناه في منع الاستئجار علىٰ قلع السن إمكان فتور الوجع ، ولا إمكان في اليد المتآكلة ؛ فإنا علىٰ تحقيقٍ نعلم أن الأكلة لا تزول في الزمان الذي يُفرض فيه عقد الإجارة على القطع ، وليس لقائلٍ أن يقول : القطع في نفسه مما لا ينضبط ؛ فإنه مضبوط ، ولو لم يكن منضبطاً ، لما جاز . فإذا جوزنا القطعَ ، وجب أن يجوز الاستئجار عليه .

٥١١٩ـ فإن قيل : معتمد من منع الاستئجار علىٰ قلع السن أن الوجع قد يفتر ، ويمتنع القلع ، فقولوا علىٰ حسب ذلك : من استأجر امرأة علىٰ كنس المسجد ، وهي مُشفيةٌ[1] علىٰ دَوْر حيضها ، لا يجوز استئجارها ، لظهور الاحتمال في طريان الحيض ، والسؤال مفروض في الاستئجار على الكنس في زمان معين .

قال القاضي : لا نص في هـٰذه المسألة . ولو قلنا : لا يصح الاستئجار إذا صور المصور مسألته على التضييق الذي وصفناه ، لم يمتنع ، ولا يمتنع الفرق أيضاً ؛ فإن الكنس على الجملة أمر جائز ، وإنما الكلام فيمن يتولاه ، ولا ثقة بأدوار النسوة[2] ، فيحمل الأمر على الظاهر .

ي ١٢٧ فإن قيل : هلا قلتم : إن من استأجر امرأةً/ حائضاً علىٰ كنس مسجدٍ ، ففعلت ، فقد عصت ، ولـٰكنها وفت العمل المستحق عليها بالإجارة ؟ قلنا : هـٰذا لا سبيل إليه ؛ فإن كنس الحائض في زمان الحيض حرام في نفسه ، والاستئجار على الحرام باطل .

٥١٢٠ـ وقد يتصل بهـٰذا الفصل إشكالٌ نبيّنه من بعدُ، إن شاء الله تعالىٰ .

وهو أن من استأجر شخصاً لكنس دارٍ معينة ، ثم أراد أن يستعمل ذلك الأجير في

---

(١) مشفية : من أشفىٰ على الشيء أشرف عليه وقاربه . (مصباح) .

(٢) (د١) : النسوية .

كنس دارٍ أخرىٰ تساويها ، فكيف السبيل [فيه][(١)] ؟ إن جوّزنا ذلك ، فالتعيين إذاً لا حكم له ، ومعقود الإجارة كنسُ بقعةٍ تساوي البقعةَ المذكورة في قدرها ، ويلزم من مساق ذلك تصحيحُ الاستئجار علىٰ كنس المسجد ، ثم تنزيل المعقود عليه علىٰ ما ذكرناه . وهٰذا مع ما يتصل به سنذكره من بعدُ، إن شاء الله عز وجل .

فصل

٥١٢١ـ الإجارة إذا أضيفت إلىٰ مستأجَرٍ معين ، فيجب اتصال الاستحقاق بالعقد ، فلو وقعت الإضافة إلىٰ زمانٍ منتظرٍ ، لا يعقب انعقادَ العقد ، والمستأجَر عينٌ ، فإجارةٌ فاسدةٌ عندنا . وذلك إذا قال في رجب : أجرتك داري هٰذه شهراً مبتدؤه غرةُ شعبان ، والمسألة خلافية مع أبي حنيفة[(٢)] وإضافة العقد في المعيّن إلىٰ زمانٍ سيأتي تتنزل[(٣)] منزلة تعليق العقد عندنا علىٰ مجيء الوقت المذكور ، فلا فرق بين أن يقول : أجرتك داري هٰذه الشهرَ الآتي ، وبين أن يقول : إذا جاء [رأس][(٤)] الشهر ، فقد أجرتك .

٥١٢٢ـ واختلف أئمتنا فيه إذا أجر شيئاً من شخصٍ ، واستعقبت الإجارةُ الاستحقاقَ ، ثم قال معه : إذا انقضت هٰذه المدة ، فقد أجرتك هٰذه البقعةَ سنةً أخرىٰ . فمنهم من قال : لا يصح ذلك . وهو القياس ؛ لأنه تعليق العقد ، والإجارة الثانية متميزة عن الأولىٰ ، وهي [مستأخرة][(٥)] كما ذكرناه ، فلتبطل هٰذه الإجارة ، كما لو لم تتقدّم الإجارةُ الأولىٰ .

ومن أصحابنا من قال : تصح[(٦)] الإجارةُ الثانية المترتبةُ على الأولىٰ ، إذا[(٧)] اتحد

---

(١) مزيدة من (د١) .
(٢) ر . مختصر الطحاوي : ١٣١ ، ومختصر اختلاف العلماء : ١٢٨/٤ مسألة : ١٨٢٤ .
(٣) عبارة (د١) : تنزل عندنا منزلة تعليق العقد علىٰ .
(٤) سقطت من الأصل .
(٥) في النسختين : مستأجرة بالمعجمة من أسفلها . والمثبت اختيار منا ، لعله الصواب .
(٦) (د١) : لا تصح . (وهو سبق قلم) .
(٧) (د١) : واتحد .

القائل ؛ وذلك أن المنافع في حقه متواصلة الاستحقاق ، لا تقطّع فيها ، فلا فرق بين أن تفرض في عقدٍ واحدٍ أوْ عقود ، وإذا أجر الرجلُ داراً سنة ، فالشهر الأخير من السنة مستأخِر عن العقد ، وكذلك كل جزء يتأخر عن الجزء المقترن بالعقد .

وهٰذا [لا][1] أصل له . والصحيح الحكم بفساد الإجارة الثانية ؛ نظراً إلىٰ هٰذه الإجارة في نفسها ، وما ذكرناه بجملته فيه إذا كانت الإجارة واردةً على العين .

٥١٢٣ـ فأما إذا كانت واردة على الذمة ، فلا يمتنع ثبوت الأجل فيه ، وذلك بأن يقول : ألزمتُ ذمتك خياطةَ هٰذا الثوب غُرةَ شعبان ، فالتأجيل غيرُ ممتنعٍ ؛ فإن العمل المستحق دينٌ ، والدين يتأجل ويحل .

٥١٢٤ـ ويتعلق بالقاعدة التي نحن فيها تفصيل القول في كراء العُقَب[2] ، فله التفات علىٰ [تأخر][3] الاستحقاق عن العقد ، ونحن نستوعب ما فيه من الصور ، ثم نذكر في كل صورةٍ ما يليق بها، إن شاء الله تعالىٰ .

ش ١٢٧ فمن الصور أن يضيف المستأجر الإجارة/ إلىٰ دابةٍ معيّنة ، ويقول : أركب هٰذه نصف الطريق وأسلّمها إليك نصفَها ، فالذي سبق إليه **المزني** أوّلاً في هٰذه الصورة ، وتابعه معظمُ الأصحاب عليه أن الإجارة فاسدة ، في هٰذه الصورة ؛ فإن مضمونها أن يركب على الاتصال مثلاً ، ثم ينقطع استحقاق ركوبه ، ثم يعود الاستحقاق بعد تخلّل قاطعٍ ، والإجارة تبطل علىٰ هٰذا الوجه ؛ فإن الاستحقاق الثاني غيرُ متصل بالأول ، فيقع في حكم تأخر الاستحقاق عن العقد ، واستئجار دابةِ الزمانَ الآتي .

ومن أصحابنا من قال : الإجارة صحيحةٌ ، ومعناها استئجار نصف الدابة على الشيوع ، ومذهبنا أن الشيوع لا يمنع صحةَ الإجارة ، كما لا يمنع صحة الرهن والهبة والبيع، فمقتضىٰ[4] الإجارةِ استحقاقُ نصف منفعة الدابة ، ثم حكم المهايأة بين

---

(١) سقطت من الأصل .
(٢) العُقب : جمع عقبة : وزان غرفة وغرف : وهي هنا النوبة ، حينما يتعاقب الراكبون دابة الركوب (مصباح ومعجم) .
(٣) في الأصل : أخر .
(٤) (د١) : ومقتضىٰ .

المستأجِر والمالك توجب التقطّعَ لا محالة ، فرجع التقطّع إلىٰ قسمة المنافع بالمهايأة ، والعقد في أصله يضمن استحقاقَ نصف المنافع على الاتصال والاستعقاب[(١)] . وهٰذا منقدحٌ في القياس بالغٌ .

ونص **الشافعي** يدل علىٰ تصحيح كراء العُقَب .

هٰذا ما ذكره الأئمة في هٰذه الصورة ، وعلينا فيها فضلُ نظر .

٥١٢٥ـ فنقول : هٰذه الصورة تنقسم **قسمين** : **أحدهما ـ** أن تعقد الإجارة علىٰ صيغة التقطيع ، وتدرج هٰذه القضية في موجب العقد ، مثل أن يقول : أركب هٰذه الدابة نصف المنزل ، وأتركها إليك في الباقي، هٰذه صورة .

والأخرىٰ ـ ألا يقع التعرض لذلك ، بل يستأجر الرجل النصفَ من دابة .

فإن جرت صيغة التقطيع في صلب العقد ، فميلُ الجمهور إلى الفساد ، لما ذكرناه من التقطيع في الاستحقاق ، وهٰؤلاء لا يرَوْن الإجارةَ واردة علىٰ [كل][(٢)] الدابة مع التقطيع الذي ذكرناه .

ومن **أصحابنا** من لم يجعل التقطيعَ محمولاً علىٰ حقيقته ، وجعله عبارة عن الشيوع في الإجارة ، ثم اعتقد أن الشيوع لا يمنع صحة الإجارة .

٥١٢٦ـ ولو لم يقع في العقد تعرض للتقطيع ، ولٰكنه استأجر نصف دابة معيّنة ، فالذي ذهب إليه الجمهور صحةُ الإجارة ، ثم المهايأة موقوفة في أصلها وتفصيلها علىٰ ما يقع التراضي به .

وغلا بعض أصحابنا ، فلم يصحح الإجارةَ في العين المعينة إذا وقع التعرض إما باللفظ ، وإما بقرينة الحال للركوب ؛ فإن ذلك لا يتأتىٰ إلا بالتقطيع ، فيعود الكلام إلى التصريح بالتقطيع . وهٰذا القائل يقول : الشيوع لا يمنع صحةَ الإجارة ما لم يُردّ إلىٰ ما ذكرناه من تقطيع الاستيفاء ، فإذا علمنا أن الاستيفاء لا يتصور إلا مقطَّعاً ، حكمنا بالفساد .

---

(١) والاستعقاب : ساقطة من (د١) .

(٢) مزيدة من (د١) .

٥١٢٧ـ وهـٰذا وإن كان يتأتىٰ توجيهه بعيدٌ عن مذهب **الشافعي** مخالف لنصه .

فإن قيل : فمتىٰ يجوّز هـٰذا القائل استئجارَ الجزء الشائع ؟ قلنا : إنما نجوّزه إذا كان لا يحتاج إلى التقطيع في توفية المنافع ، كالذي يستأجر/ جزءاً من دارٍ ، ويتأتىٰ منه مساكنة غيره من غير فرض مهايأة .

ي ١٢٨

وهـٰذا خبطٌ وتخليط . والصحيح[١] التصحيحُ ، إذا لم يجْر لفظُ التقطيع في العقد ، فهـٰذا بيان صورة واحدةٍ ، قسمناها ، وفصلنا[٢] ما قيل فيها .

٥١٢٨ـ فأما إذا استأجر رجلان دابة معينة علىٰ أن يتعاقبا ، ويتناوبا في الركوب ، فهـٰذا ينقسم أيضاً : فإن لم يتعرضا للتناوب وذكر التعاقب ، ولـٰكنهما استأجرا دابة معينة عن مالكها ، فلا يجوز أن يفرض في ذلك اختلاف .

والوجهُ القطع بصحة الإجارة . ثم إنهما إن أرادا المهايأة أجرياها علىٰ حسب التوافق ، وأصل العقد وارد على استعقاب العقد الاستحقاقَ .

وشَبَّبَ **بعضُ الضَّعَفةِ من الأصحاب** بفساد الإجارة ؛ لأنهما يستحقان المنافع ، واستيفاؤها علىٰ هيئة التقطّع لو صحت الإجارة ، والتقطّع يُفضي إلى استئخار الاستحقاق ، وهو مفسد عند **الشافعي** .

وكأن هـٰذا القائل لا يصحح الإجارةَ علىٰ نعت الشيوع ، إلا حيث يُتصور الوصول إلى الانتفاع على الاشتراك ، من غير تقطيع ، وهـٰذا كالرجلين يستأجران بعيراً علىٰ أن يحمّلاه محمَلاً ويركبانه جميعاً ، فهـٰذا مسوّغٌ لا دافع له ، فأما إذا كان لا يتأتى اجتماعهما للركوب[٣] والانتفاع ، وكان سبيل الانتفاع التعاقب ، فالإجارة فاسدة ؛ فإن العقد إنما يصح إذا كان يصح استيفاء المعقود فيه[٤] علىٰ وجه يطابق الشريعة .

هـٰذا إذا استأجرا على الشيوع ، ولم يتعرضا في العقد لصيغة التقطيع .

---

(١) عبارة (د١) : والصحيح إذا لم يجر لفظ التقطيع في العقد ـ أنه يصح .
(٢) (د١) : وفصلناها من قيل فيها .
(٣) (د١) : في الركوب .
(٤) (د١) : عليه .

٥١٢٩ـ فأما إذا تعرضا للتقطيع ، فقالا : يركب زيد هـٰذا شطر المرحلة ، ثم يركب عمرو هـٰذا ، فإذا جرى العقد كذلك ، فمن قطع بصحة الإجارة الواردة على الإشاعة من غير تقطيعٍ في اللفظ والصيغة ، يجعل في هـٰذا العقد وجهين ، لما فيها من التصريح بالاستئخار ، حتىٰ كأن مضمونَها أن كل واحدٍ استأجر جملةَ الدابة في بعض المرحلة .

هـٰذا منتهى البيان في ذلك .

٥١٣٠ـ ثم نصَّ الشافعيُّ علىٰ صحة استئجار الرجلين الدابة علىٰ أن يركباها تعاقباً وتناوباً ، ولفظُه رضي الله عنه صالحٌ لأن يُحمل على الاستئجار المطلق من غير تعرضٍ لذكر التقطيع في صيغة العقد ، وهو صالحٌ أيضاً لذكر التقطيع في صيغة العقد .

ثم من تفريعه رضي الله عنه أنهما إذا كانا يتناوبان على الدابة ، فينبغي أن يرعيا الإنصاف ، والانتصاف ، ومن مقتضىٰ هـٰذا ألاّ تطولَ مدةُ ركوب كل واحدٍ ، فإن أحدهما إذا ركب فراسخ وصاحبه[1] يمشي فإذا أراد الركوبَ ، وقد لحقه العِيُّ[2] والكلال ، فيثقل بدنه على الدابة إذا ركب ، وهـٰذا مما يظهر أثره ، وإذا كانا يتناوبان علىٰ أزمنة متقاربة بحيث لا ينتهي واحدٌ منهما إلى الكلال ، فلا يؤدي إلى الإضرار بالدابة .

وهـٰذا حسنٌ ، لا بد من مراعاته ، إلا أن يكون الذي يُطيل المشيَ لا ينتهي إلى العِيّ الذي يُفضي إلىٰ ثقل البدن ، وهـٰذا يختلف باختلاف الأشخاص ، واعتبارُه هيّن ، إذا فهم المقصود .

---

(١) (د١) : فصاحبه إذا أراد الركوب . .

(٢) (د١) : العياء . والعي والعياء بمعنى العجز ، وإن غلب على الأول الاستعمال في وصف المرض الذي يعجز عنه الطبيب . وعلى الثاني الاستعمال في وصف من عجز عن البيان ، ولم يهتد إلى الرأي ، والمعنى المراد هنا كما هو واضح من السياق : العجزُ عن المشي ، لا عن البيان (المعجم والمصباح) .

فصل

ش ١٢٨ **قال : « وإن تكارىٰ دابة من مكة إلىٰ [بطن][1] مَرّ ، فتعدى/ بها إلىٰ عُسفان . . . إلىٰ آخره »[2] .**

٥١٣١ـ صورة المسألة أن يكتري دابة ليركبها إلىٰ موضعٍ معلوم ، فإذا انتهىٰ إلىٰ ذلك الموضع ، وتعدّاه راكباً للدابة ، وذلك بأن يكتريها للذهاب إلىٰ ذلك الموضع فحسب ، من غير رجوع من ذلك الموضع إلىٰ مكان الإجارة ، فإذا كان كذلك ، فكما[3] انتهت الدابة إلى المنتهى المذكور ، فقد انتهت الإجارة ، ولا يجوز للمستأجر أن يركبها بعد ذلك ، وعليه أن يسلمها للمالك إن كان معه المالك ، أو إلىٰ نائبه .

فإن لم يكونا حاضرين في ذلك المكان ، سلّم الدابة إلىٰ حاكم البقعة ، فإن لم يتمكن من شيء من ذلك ، فحكمه حكم المودَع إذا كان يضطر إلىٰ مفارقة البلدة والانجلاء منها ، وكان لا يجد من يودع الوديعةَ عنده ، ولم يجد أيضاً حاكماً يراجعه ، فلا وجه إلا أن يسافر بالوديعة ، كذلك القول في المسافرة بالدابة بعد انتهاء الإجارة نهايتها ، فيسوقها أو يقودها راجعاً ، ولا ينتفع بها .

٥١٣٢ـ فلو جاوز المكانَ المعلومَ ، وتعدّاه راكباً منتفعاً بالدابة ، فقد تعدىٰ إذا فعل ذلك ، وصار غاصباً للدابة ، ودخلت في ضمانه فيغرَم أجر المثل بعد انتهاء الإجارة .

فإن تلفت الدابة في يده ، ضمنها بأكثر قيمتها من يوم التعدي إلىٰ يوم التلف ، وكذلك يغرم أجر المثل لمدة العدوان ، فلو رد الدابة إلى المكان المعلوم المعيّن في الإجارة ، لم يخرج عن الضمان .

وهٰذا جارٍ علىٰ قياسنا ؛ فإنا نقول : المودَع إذا تعدىٰ في الوديعة، ثم كف عن

---

(١) في النسختين (إلىٰ مرّ) والزيادة من مختصر المزني . وبطن مَرّ : بفتح الميم وتشديد الراء : من نواحي مكة ، عنده يجتمع وادي النخلتين ، فيصيران وادياً واحداً . (ياقوت الحموي) .

(٢) ر . المختصر : ٣/ ٨٣ .

(٣) «فكما» : بمعنى (فعندما) .

عدوانه ، لم يعد[(١)] أميناً ، وبقي ضامناً .

وأبو حنيفة[(٢)] خالف في ذلك ، وحكم بأن المودَع إذا ترك عدوانه ، عاد إلىٰ حكم الائتمان ، ثم إنه مع المخالفة في هـٰذا الأصل ، وافق في أن المستأجر إذا جاوز بالدابة المنتهى المعلوم ، وصار متعدِّياً ضامناً ، فإذا ردّها إلىٰ ذلك المنتهىٰ ، لم ينقطع أثر العدوان ، وتكلّف فرقاً لسنا له[(٣)] الآن .

٥١٣٣ـ ومما يتعلق بأصول هـٰذا الفصل أن من اكترىٰ دابة ليركبها إلىٰ موضعٍ عيّنه ، فلا يتعين الخروج في ذلك الصوب ، فلو ركبها في صوب آخر ، واستوت المسافتان ، وتماثل المسلكان في السهولة والوعورة ، فلا معترض ، ولا بأس ؛ فإن المنفعة هي المستحقة ، والدابة متعيّنة ، ولا يتعين جهة استيفاء المنفعة/ مع رعاية الاقتصار ، فليس الصوب المعيّن معقوداً عليه ، حتىٰ يتخيل تعيّنه ، ولهـٰذا الأصل جوّز **الشافعي** أن ينيب المستأجرُ غيرَه مناب نفسه في الركوب إذا كان مثلَه ، وجوّز أن [يُكري][(٤)] مستأجرُ الدابةِ الدّابةَ من غيره ، علىٰ شرط استواء المستأجر الأول والثاني . ١٢٩ ي

ولو استأجر ثوباً ليلبسه مدة ، فله أن يُلبِسَه غيرَه ، مع رعاية التساوي والاقتصاد .

ومنع **أبو حنيفة**[(٥)] الاستنابة تبرعاً ، وإجارةً في الحيوان والثوب ، ووافق في العقار والدار ، فجوز الاستنابة والإجارة من المستأجر .

٥١٣٤ـ فإذا تمهد ما ذكرناه إلىٰ أن الصوب المعين لا يتعين في الإجارة ، فلو

---

(١) لم يعد أميناً : بمعنىٰ لم يرجع ، ولا تعود له صفة الأمانة ومنصبها .

(٢) ر . حاشية ابن عابدين : ٢٦/٥ آخر سطر ، نقلاً عن الهداية ، ومختصر اختلاف العلماء : ١١٦/٤ ـ مسألة ١٨٠٩ .

(٣) الفرق الذي يشير إليه إمام الحرمين ، هو « أنه مأمور بالحفظ في الوديعة قصداً ، فيبقى الأمر بعد العَوْد (أي إلى الأمانة والانكفاف عن العدوان) أما في الإجارة ، والإعارة ، فهو مأمور بالحفظ تبعاً للاستعمال ، فإذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائباً » . ا .هـ من حاشية ابن عابدين : ٢٦/٥ .

(٤) في الأصل : يكون .

(٥) ر . مختصر اختلاف العلماء : ١١٦/٤ مسألة ١٨٠٨ ، وحاشية ابن عابدين : ١٨/٥ سطر ١٣ .

استأجر دابة من مكة إلىٰ مَرّ ظهران ، فركب المستأجر إلىٰ نصف الطريق ، ثم عنت له حاجة في البلدة ، فانعطف راجعاً ، قلنا له : إن كنت استأجرت الدابة لتركبها أربعة فراسخ وعيّنت لانتهاء سفرك مرّ ظهران ، فقد استوفيت ما استحققت ؛ إذ ركبت ذاهباً ، ومنعطفاً راجعاً أربعة فراسخ ، فقد استقرت الأجرة ، والدابة مردودةٌ علىٰ ربها .

ولو خرج نصفَ فرسخٍ من مكةَ ، ثم انعطف علىٰ مكة ، فقد استوفىٰ ربعَ المنفعة . فلو [اتجه][1] في صوب [مَرّ][2] ، فإذا طوىٰ ثلاثة فراسخ ، قيل له : انتهى استحقاقُك ، فلا تتعدَّ موضعَك ، فإن تعدَّيْته راكباً ، كنت غاصباً ، وعليك أجرُ المثل للزيادة ، مع التعرض لضمان [الدابة][3] .

وكل ذلك يخرج علىٰ ما مهدناه من أن الاعتبار بالمسافة ، ولا أثر لتعيين الصوْب .

٥١٣٥ـ ويعترض فيما نُجريه أنه إذا ذكر صوباً سهلاً معبّداً ، ثم ركب الدابة في صوبٍ آخر وعرٍ ، فهـٰذا عدوان . وإذا فرض عيبُ الدابةِ أو تلفُها بسبب سلوك المسلك الوعر ، كان هـٰذا كما لو استأجر داراً ليسكنها ، فأسكنها القصَّارين ، والحدادين ، فتزلزلت القواعد ، واختلت ، ففي ذلك كلامٌ مجموعٌ ، يأتي من بعدُ، إن شاء الله عز وجل .

ولو استأجر دابةً إلىٰ مَرّ ليركبها إليه ، ثم يرجع ، فهـٰذا استحقاق الركوب ، في ثمانِ[4] فراسخ ، فإن من مكة إلىٰ مَرّ أربعةَ فراسخَ ، فالذاهب إليه والراجع طاوٍ ثمانِ فراسخَ ، وما مهدناه من أن المرعِيَّ المسافةُ ، لا الصوْبُ المعين ، يقتضي أن يجوز

---

(١) في الأصل : أتىٰ .

(٢) في الأصل : مرّة .

(٣) ساقطة من الأصل .

(٤) كذا في النسختين . وهـٰذا لأنه نظر إلىٰ لفظ الجمع ، فعامله معاملة المؤنث ، أما حذف الياء في (ثماني) ، فله وجه عند أهل الصناعة ، جاء في أوضح المسالك ، لابن هشام ، قوله : « لك في (ثماني) فتح الياء ، وإسكانها ، ويقلّ حذفها مع بقاء كسر النون ، ومع فتحها » أوضح المسالك : ١٧٢ طبعة مصطفى الحلبي .

للمستأجر [أن][1] يمرّ على الدابة ثمان فراسخَ في [أيّ][2] صوبٍ .

ولـٰكن يعترض فيه أنه إذا فعل هـٰذا ، وانتهىٰ إلىٰ منقطع الفراسخ الثمان ، فإلىٰ من تسلم الدابة ، وكيف الطريق فيه ؟ فنقول : إن رضي المالك بهـٰذا ، وصاحَب الدابةَ ، أو أصحبها نائباً له/ ، فلا امتناع ، ولا عدوان ، والدابة تسلّم عند منتهى الفراسخ الثمان إلى المالك ، أو إلىٰ نائبه من غير عدوانٍ ، وهـٰذا جرىٰ بعد إيراد العقد على الذهاب إلىٰ مَرّ والرجوع منه .

١٢٩ ش

٥١٣٦ـ ثم حكم هـٰذه الصورة استقرار الأجرة المسماة لحصول استيفاء الركوب في ثمان فراسخَ ، ولو جرى العقد على المرور والرجوع ، ثم لم يصدر من المالك إذنٌ في مجاوزة مَرّ ، وعسر تسليم الدابة علىٰ منتهىٰ ثمان فراسخ ،فهـٰذا يجر عدواناً لا محالة ؛ فإن العقد انعقد علىٰ رد الدابة إلىٰ بلدة المكري ، وهو بها ، ولـٰكن إذا اتفق هـٰذا ، فنقول : أما الأجرة المسماة ، فقد استقرت من جهة استيفاء المنافع ، وإذا انتهت المسافة ، فلا شك أن الراكب المستأجر متعدٍّ ؛ فإنه كان مأموراً بالرد إلىٰ مكة راجعاً ، وقد ترك هـٰذا وأنهى الدابةَ إلىٰ محل يعسر الجريان فيه علىٰ موجب الشرط ، ولو ردها من تلك المسافة ، فهو في ردّه معتدٍ غارمٌ لأجر المثل .

٥١٣٧ـ ومما يتعلق بتمام البيان في ذلك أنه إذا جاوز مَرّاً ، والمسألة مفروضةٌ فيه إذا لم يكن الطريق الذي سلكه ـ مجاوزاً[3] ـ أوعرَ مما بين مكة ومَرّ ، فإنا نجعله بنفس مجاوزته متعدياً، من جهة أنه بمجاوزة مرٍّ ، يتعرض لمخالفة الأمر في جهة رد الدابة ، وهو مقصودٌ بيِّنٌ ، فهو إذاً غيرُ متعدٍّ من جهة استيفاء المنفعة ، ولـٰكن [يأتيه][4] العدوان من الجهة التي أشرنا إليها ، وهـٰذا واضحٌ لا إشكال فيه .

---

(١) زيادة من (د١) .
(٢) زيادة من المحقق .
(٣) مجاوزاً : بالنصب (حالٌ) من الضمير الفاعل ، و(أوعرَ) (خبر) يكن .
(٤) في الأصل رسمت هـٰكذا : [بانته] . بدون إعجام الحرف الأول . وإعجام الثالث والرابع من فوق ، وفي (د١) : ثابتة .

وقد يخطر للفقيه أنه لا يصير متعدياً ما لم يستوف الفراسخ ، فإنّ[١] عُسْر الرد يتبيّن[٢] إذ ذاك . وهٰذا ليس بشيءٍ ولم نذكره ذِكْرَنا الاحتمالات الممكنة .

٥١٣٨ـ ومما يتم به الغرضُ أنه إذا استأجر دابةً ليركبها إلىٰ مرّ ، ويرجع عليها إلىٰ مكة ، وكانت العادة أن من انتهىٰ إلىٰ مرّ لم يرجع علىٰ فوره ، بل يبيت ثم يُصبح راجعاً ، فإذا جرىٰ على العادة ، جاز ، ولا [مستدرك][٣] ، ولا نقول : اليوم الذي سكن فيه بمرّ محسوبٌ عليه؛ من جهة تضييعه المنفعة ، كما سنوضح هٰذا في آخر الفصل، إن شاء الله تعالىٰ .

ولو كانت العادةُ جاريةً بأن ينكفيء[٤] علىٰ فوره راجعاً ، فلينكفيء . فإن أقام علىٰ خلاف المعهود في العادة ، كان ذلك الزمان محسوباً عليه . كما سيأتي تفصيله .

ولو اضطربت العادةُ فالأصح حملُ مطلق العقد على الانكفاء[٥] على البدار .

ومن أصحابنا من أوجب التعرض لذلك عند اضطراب العرف، وزعم أن إطلاق العقد مع اضطراب العرف يفسده . وهٰذا رديءٌ لا أصل له .

٥١٣٩ـ ولو استأجر دابةً للذهاب والرجوع ، فخرج والطريق آمنٌ ، فلما انتهىٰ إلى المكان المعيّن ، حدث خوفٌ في الطريق ، فليس له أن يقتحمه، ولو فعل ، وضاعت الدابة، صار ضامناً، وإذا مكث في ذلك/ المكان، (٧ وتثبط[٦] إلىٰ أن انجلى الخوف، فذلك الزمان غيرُ محسوبٍ، فإنا أمرناه بمصابرة تلك البقعة في ذلك الزمان ٧) احتياطاً ي ١٣٠

(١) (د١) : وإن .

(٢) ساقطة من (د١) .

(٣) في الأصل : يستدرك .

(٤) (د١) : ينقلب .

(٥) (د١) : الانقلاب .

(٦) تثبط : تريث ، وتعوّق . وهنا تظهر براعة إمامنا ، ودقة عبارته ، وحسن اختياره لألفاظه ، وهو هنا ناظرٌ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَلَٰكِن كَرِهَ ٱللَّهُ ٱنۢبِعَاثَهُمۡ فَثَبَّطَهُمۡ ﴾ [التوبة : ٤٦] ، فالتأخر بهٰذا المكان ليس بإرادة المكتري ، وإنما هو معوّق ، ثُبط ، فتثبط ؛ ولذا لم يكتف بقوله : « مكث في ذلك المكان » .

(٧) ما بين القوسين سقط من (د١) .

للدّابة ، فكان في حكم المودَع المؤتمن في تلك المدة .

وإن استأجر الدابة ، وفي الطريق خوفٌ ، ثم رجع ، وذلك الخوفُ قائم ، ففاتت الدابة ، فلا ضمان ؛ لأن الخوض في العقد جرىٰ مع العلم بالخوف القائم ، ووقع الرضا بالذهاب ، والرجوع .

ولو كان الخوفُ قائماً ، ولـٰكن لم يكن مالكُ الدابة عالماً به ، بل كان يظن أن الطريق آمن ،فهـٰذا مما تردد فيه كلامُ الأصحاب ، فقال بعضهم : لا ضمان على المستأجر ، وإن فاتت الدابة ؛ وكان التقصيرُ من المالك ؛ إذْ[1] لم يبحث ، ولم يحتط لملكه .

ومن أصحابنا من قال : يجب الضمان على المستأجر ؛ فإن المالك بنى الأمرَ علىٰ تقدير الأمن ، وقصّر المستأجر ؛ إذْ[1] لم [يبيّن][2] له حقيقةَ الحال .

٥١٤٠ـ ولو كان الطريق آمناً في الممر ، ووقع بناءُ العقد عليه ، ثم حدث الخوف بعد الانتهاء إلى الموضع المعيّن ، فقد ذكرنا أن المستأجر لا ينقلب راجعاً حتىٰ ينجلي الخوفُ ، فلو رجع ، وسلمت الدابةُ من جهة ذلك الخوف المعترض ، ولـٰكن أصابتها آفةٌ أخرىٰ ، فالمذهب أن الدابة مضمونة ؛ لأن المستأجر في خروجه في هـٰذا الوقت متعدٍ . ومن صار [متعدّياً][3] ، لم يتوقف وجوب الضمان عليه علىٰ أن يكون التلف من جهة عدوانه . هـٰذا هو الذي لا يجوز أن يُعتقد غيره .

وقد أنهيتُ مسائلَ الفصل وختامها ما وعدناه من بيان احتساب الضمان على المستأجر .

٥١٤١ـ وتفصيل القول فيه أنه إذا اكترىٰ دابةً ، وذكر في الإجارة مدةً معلومة ، فإن

---

(١) في (د١) : إذا .
(٢) في الأصل : يتبين .
(٣) في الأصل : معتدٍ . والمثبت من (د ١).

لم يسلِّم المكري الدابةَ حتى انقضت المدةُ المضروبة ، تنفسخ الإجارة ، وترتفع بانقضاء مدتها ، ولو سلم الدابةَ إلى المكتري علىٰ أثر العقد ، فربطها المكتري ، ولم ينتفع بها حتى انقضت المدة ، فقد انتهت الإجارة نهايتَها ، وقرّت الأجرةُ المسماة ؛ فإنه استمكن من الانتفاع ، وضيّع حقَّه ، حتىٰ تلفت المنافع تحت يده .

ولو لم يضرب مدةً في الإجارة ولٰكن استأجر دابة[1] معينةً ليركبها إلىٰ موضعٍ عيّنه ، فلو سلّم المكري الدابةَ إلى المستأجر ، فربطها مدةً لو سافر فيها ، لأمكنه قَطْعَ المسافةِ المذكورة ، فالإجارةُ تنتهي ، وتستقر الأجرة ، ولا يملك المسافرة ؛ فإنا جعلناه في حبسه وربطه بمثابة المستوفي .

٥١٤٢ـ ولو كانت المسألة بحالها ، فلم يسلِّم المكري الدابةَ حتى انقضت مدة كان يتأتىٰ في مثلها قطعُ المسافة ، فهل نحكم بانفساخ الإجارة قياساً علىٰ ما لو اعتمد/ العقدُ مدةً مضروبة ، ثم حبس المكري الدابةَ فيها ، حتى انقضت تلك المدة ؟ اختلف أصحابنا : فذهب **المراوزةُ** إلىٰ أن الإجارة تنفسخ ، وإن لم يجر للمدة ذكرٌ ، إذا مضىٰ زمنٌ يسع في مثله استيفاءُ المنفعة ، وقطعُ المسافة ، وهٰذا قياسٌ حسن ، لا يتجه غيره ؛ فإنَّ المدة وإن ذُكرت ، فليست معيّنة ، وإنما المطلوب المنفعةُ فيها ، فليكن الاعتبار بمضي زمان إمكان الانتفاع ، وأيضاً لم يختلف أصحابنا في أن الإجارة تنتهي نهايتها بربط المستأجر الدابة في الإجارة التي لم يجر فيها ذكر المدة ، فإذا استوىٰ ذكرُ المدة وذكرُ المنفعة في حق المستأجر ، وفي حكم انتهاء الإجارة ، فينبغي أن يكون الأمر كذلك في حق المكري .

ش ١٣٠

٥١٤٣ـ وذهب العراقيون إلىٰ أن المدةَ إذا لم يجر لها ذكرٌ في الإجارة وإنما اعتمدت الإجارةُ قطعَ المسافة ، وإعلامَ المدىٰ ، فإذا لم يسلم المكري الدابةَ في زمان لو سلمها فيه ، لأمكن استيفاء المنفعة ، فالإجارة لا تنفسخ ، والمكري مطالبٌ بتسليم الدابة ، وعللوا بأن المدة لم يجر ذكرُها ، والتسليم ممكنٌ بعد هٰذا الحبس ، وليس كحبس

(١) (د١) : مدة معينة .

المستأجر الدابة ، فإنا لو لم نحسب عليه تلك المدة ، لكان ذلك تضييعاً للمنفعة على المكري ، وإسقاطاً لحقه .

وهٰذا الذي ذكروه وإن كان في ظاهره بعضُ الإخالة ، فلا وجه عندنا في القياس إلا ما ذكره **المراوزة** . وهٰذا واضح لا إشكال فيه علىٰ [المتأمل][(١)] .

٥١٤٤ـ ولو استأجر دابة وقبضها ، ثم تعذَّر عليه المسافرة عليها ، واحتبست عنده مدةً تسع المسافرة لو أمكنت ، فالأجرة تتقرر عليه ؛ فإن المنافع فاتت[(٢)] تحت يده .

وكل ما ذكرناه فيه إذا كانت الإجارة واردةً على العين .

٥١٤٥ـ فأما إذا كانت واردةً على الذمة ، فالإجارة الواردة على الذمة تقبل التعجيل والتأجيل ، فإن كانت معجلةً ، فلم يسلّم المكري حتىٰ مضت مدة ، لم تنفسخ الإجارة وبقي الدين مستقراً في الذمة ؛ فإن الإجارة ليست تعتمد عيناً حتىٰ يُفرض انفساخ العقد بضياعٍ وتلفٍ فيها ، وهٰذا بيِّنٌ ، لا شك فيه .

ولو سلم المكري في إجارة الذمة دابةً إلى المكتري علىٰ شرط الاستحقاق ، فحبسها ، حُسبت المدةُ عليه ؛ فإنَّ حقه تعين بتسليم الدابة ، فلم يفترق الأمر في حقه بين أن يكون أصل العقد على العين ، أو على الذمة .

وهٰذا واضحٌ ، لا إشكال فيه .

٥١٤٦ـ وقد يتصل بهٰذا الفصل القول في ثبوت الخيار في الإجارة ، ثم الكلام في أن الخيار إذا ثبت ، فالمدة من أي وقتٍ تُحتسب .

وهٰذا قد استقصيناه/ في أول كتاب البيع علىٰ أبلغ وجهٍ في البيان ، فليطلبه في فصول الخيار من يريده . ١٣١ ي

---

(١) في الأصل : التأمل .

(٢) (د١) : تلفت .

فصل

قال : « وله أن يؤاجر عبده وداره ثلاثين سنة . . . إلىٰ آخره »[١] .

٥١٤٧ـ نص **الشافعي** هاهنا علىٰ أن من أراد أن يؤاجر ملكه ثلاثين سنة في عُقدةٍ[٢] واحدةٍ، جاز له ذلك ، ونص في بعض كتبه علىٰ أنه لا يزيد علىٰ سنة واحدة في مدة الإجارة ، ونص في كتاب الدعاوىٰ علىٰ أنه يؤاجر ما شاء ، فجعل المدة إلىٰ خِيَرَته من غير ضبط .

واختلف أصحابنا علىٰ **طريقين** : فمنهم من جعل هـٰذه النصوص أقوالاً ، وأجرىٰ ثلاثة أقوال : **أحدها** ـ أنه لا ضبط من طريق التعبد في المدة ، والأمرُ مفوّضٌ إلىٰ ما وقع التراضي عليه ، وهـٰذا هو القياس ، ولا حاجة إلىٰ تكلف توجيهه .

والقول الثاني ـ أنه لا يجوز المزيد علىٰ سنة ؛ فإن الإجارةَ أُثبتت للحاجة ، وإلا فهي حائدةٌ عن القياس؛ من جهة إيرادِها علىٰ مفقودٍ ، يتوقع[٣] وجوده من عينٍ مخصوصة ، والحاجة في الأغلب لا تزيد على السنة ، والسنة الواحدة تشتمل علىٰ جميع جهات المنفعة ، وما يزيد بعد انقضائها في حكم المتكرر .

والقول الثالث ـ وهو أضعف الأقوال ـ أن الأمدَ الأقصىٰ ثلاثون سنة ، ولا مزيد علىٰ هـٰذه ، وهـٰذا وإن[٤] لم يترتب علىٰ أثرٍ ، فلا يليق بقاعدة **الشافعي** ـ رضي الله عنه ـ في توقِّيه عن التحكم بالتقديرات ، من غير توقيفٍ ، ولـٰكنّ الممكن في توجيهه ، أن هـٰذه المدة في تفاوض الناس [هي][٥] المعتبر الأقصىٰ في نهايات [التغايير][٦] وهي نصف العمر الغالب .

---

(١) ر . المختصر : ٣/ ٨٢ .
(٢) (د١) : في عقدٍ واحد .
(٣) في الأصل : ويتوقع .
(٤) (د١) : إن لم يترتب .
(٥) في الأصل : هو .
(٦) التغايير . هـٰذه أقرب قراءة إلى السياق ، فالكلمة غير واضحة في (د١) بسبب أثر تصويب فيها ، وغير واضحة ـ قراءةً ـ في الأصل بسبب عدم استقرار (النقط) فوق الحروف وتحتها .

=

وهـٰذا وما يدانيه لا ثبات له .

٥١٤٨ـ وذهب **المحققون** من أئمتنا إلىٰ قطع القول بأن مدة الإجارة مردودة إلى التراضي ، ولا تعبّد فيها ، ولا ضبط ، ولـٰكن يجب أن يؤاجر كلُّ شيء مدةً يُعلم بقاؤُه فيها ، أو يظن ذلك ، فإن كانت المدة بحيث يُقطع بأن المستأجَر لا يبقىٰ فيها ، فالإجارة مردودة ، وإن كان [يغلب] إمكان البقاء فيها ، صحت الإجارة ، وإن غلب على الظن أن العين لا تبقىٰ فيها ، وأمكن البقاء علىٰ بُعدٍ ، ففي المسألة احتمالٌ ، والأظهر التصحيحُ .

وهـٰذا القائل يحمل ذكر الثلاثين علىٰ وفاقٍ أجراه **الشافعي** في [محاولةِ][1] بيان تطويل المدة . وقد يُجري المبيِّن عدداً علىٰ قصد المبالغة ، ولا يبغي تقديراتها ، وهو كقوله تعالىٰ : ﴿ إِن تَسْتَغْفِرْ لَهُمْ سَبْعِينَ مَرَّةً فَلَن يَغْفِرَ ٱللَّهُ لَهُمْ ﴾ [التوبة : ٨٠] .

ومما يجب التنبيه له أن القول الثالث في طريقة الأقوال ، وهو القول المنقاس المحكي عن الدعاوىٰ ، محمول علىٰ ما وقع القطع به في هـٰذه الطريقة لا محالة .

٥١٤٩ـ ثم من أجر شيئاً سنة لم يلزمه بيان حصة كل شهر/ من الأجرة . وإذا آجر سنين، ففي المسألة **قولان** : **أحدهما** ـ وهو القياس ـ أنه لا يلزمه أن يبين حصةَ كل سنة منها، كما لو اشترىٰ عبيداً صفقةً واحدةً؛ فإنه لا يجب بيان ما يخص كلّ واحد من العبيد. ١٣١ ش

والقول الثاني ـ أنه يجب أن يُبيّن ما يخص كلَّ سنة من الأجرة ؛ لأن في ذلك تقليلَ الغرر ، وقد يُفرض تلف المعقود عليه ، ومسيس الحاجة إلىٰ تقسيط الأجرة المسماة علىٰ ما مضىٰ وبقي ، فإذا كانت الحصصُ مُبيّنةً ، هان دَرْكُ المقصود ، ووقع الاكتفاء بنص العقد عن طلب الحصص بالاشتهار ، وقد يعسر البحث عن الأُجَر في الأزمنة

= وساعد علىٰ ذلك الاختيار ورجحه قول الرافعي : « . . لأنها نصف العمر ، والغالب ظهور (التغيير) على الشيء بمضي هـٰذه المدة » . فتح العزيز : ٦/ ١١١ . والمعنى أن مدة الثلاثين هي أقصى مدة يتخيل فيها بقاء الحال على ما هو عليه، والآن نحن نقول: إن الحياة يتغير وجهها كل ثلاثين سنة؛ حيث ينتهي جيل، وينشأ جيل في نحو هـٰذه المدة.

في الأصل : يعقب .

(١) في الأصل : مجاوزة .

الماضية ، وإذا أمكن تقليل الغرر ، تعيّن في عقود الغرر . ثم هـٰذا القائل يرعىٰ هـٰذا في السنين ؛ فإن إدراك حصص الشهور قريب ، وإنما يُتوقع التفاوت في السنين ، لتطاول الآماد بها .

وهـٰذان القولان يقربان من الخلاف الذي حكيناه في كون الأجرة جزافاً مشاراً إليها .

٥١٥٠ـ ومما يتعلق بهـٰذه الفصول أنه لو قال : أجرتك هـٰذه الدارَ سنةً ، مبتداها من وقت العقد ، صح ذلك .

ولو قال : أجرتك هـٰذه الدارَ سنةً ، ولم يذكر أنها السنة التي تعقب العقد ، فقد اختلف أصحابنا في ذلك ، فذهب بعضهم إلىٰ أن الإجارة تفسد ؛ فإن السنة ذكرت مطلقةً مجهولةً ، وهي متناولة للسنة المتصلة بالعقد ولغيرها ، والإجمال في صيغ العقود يفسدها .

ومن أصحابنا من يصحح الإجارة ، وإلىٰ ذلك مال الجمهور ؛ فإن السنة إذا ذكرت على الصيغة التي ذكرناها ، لم يُفهم منها في مطرد العرف إلا السنة المتصلة بالعقد ، والعرفُ إذا اقترن باللفظ المجمل بيّنه وأوضحه . وهو كما لو قال : بعتك عبدي هـٰذا بألف درهم ، فاللفظ في نفسه مجملٌ من طريق وضع اللغة ، ولـٰكنه محمول على النقد الغالب يوم العقد .

وهـٰذا متّجه ، ولا يبقىٰ معه للوجه الأول متمسك ، إلا أن يقال : الإجارة تقع علىٰ أنحاء ووجوه ، وقد لا يحيط بتفاصيلها إلا الخواص ، والمدة تختلف فيها ، ولا يمكن اطراد العرف في أنها تحتسب في ظن المتعاملين من وقت العقد ، أو من وقت التسليم ، وإذا كان الأمر مضطرباً في ظنون الناس ، فلا بد فيه من البيان .

٥١٥١ـ ومما يتعلق بأحكام المدة أنه لو قال : أكريتك هـٰذه الدار شهراً من السنة ، ولم يعين الشهر ، فهـٰذا فاسد وفاقاً . وما ذكرناه من الخلاف فيه إذا ذكر شهراً ، ولم يضفه إلىٰ سنة ، فإذا قال : / شهراً من السنة ، فتقديره : أكريتك شهراً من شهور السنة ، وهـٰذا إبهام لا شك فيه . (ي ١٣٢)

ولو قال : بعتك صاعاً من هـٰذه الصُّبرة ، وكانت معلومةَ الصيعان ، فالبيع صحيح . وإن كانت مجهولة[1] الصيعان ، ففيه وجهان ، قدمنا ذكرهما في كتاب البيع ، والجريان على الصحة . والفرقُ بين صاعٍ من صُبرة ، وبين شهر من شهور السنة أن الغرض يختلف بتقدم الشهر وتأخره ، وينضم إلىٰ ذلك أنه لو فرض متأخراً ، لكان ذلك باطلاً ؛ من جهة استئخار الاستحقاق عن العقد الوارد على العين ، وهـٰذا لا يتحقق في الصاع من الصُّبرة ؛ فإنه إذا عقد عليه ، فقد تنجّز استحقاقُ جزءٍ من الصُّبرة ، وتسليمه سهلٌ ، لا عسر فيه .

٥١٥٢ـ ولو قال : أجرتك الدار سنةً ، كلُّ شهر منها بكذا ، وأوضح حصةَ كل شهر ،فهـٰذا جائزٌ ، ولا فرق بين أن يجعل الشهور متساوية في الحصص ، وبين أن يقدّرها مختلفة ، ونظير ذلك من مسائل البيع أنه لو قال : بعتك هـٰذه الصُّبرة : كل صاعٍ بدرهم ، فالبيع صحيح ، ولو قال : بعتك هـٰذه الصّبرة : كلّ صاع من نصفها بدرهم ، وكلُّ صاع من نصفها الآخر بدرهمين ، فالبيع صحيح وإن تفاوت ثمن الصيعان ؛ فإن (٢ النصف من الصُّبرة كصبرةٍ علىٰ حالها ، فكأنه في تقدير ٢) النصفين يشير إلىٰ صُبرتين ، ويقول : بعتك هـٰذه الصبرة : كل صاع بدرهم ، وبعتك هـٰذه الصبرة الأخرىٰ : كلّ صاع بدرهمين .

٥١٥٣ـ ولو قال : أكْريتك هـٰذه الدارَ : كلَّ شهرٍ بدينار ، [ولم][3] يذكر مدةً مضبوطة ، فالإجارة لا تصح علىٰ هـٰذه الصيغة عندنا ، والمذهب أنها لا تصح في الشهر الأول أيضاً .

ومن أصحابنا من قال : تصح الإجارةُ في الشهر الأول ، وهو اختيارُ ابن سُريج ، وهو غير مرضي عند أئمة المذهب ؛ فإن الإجارة وردت علىٰ صيغةٍ واحدةٍ مسترسلة على الشهور كلها ، فتصحيحها في بعضها دون البعض لا يتجه .

---

(١) (د١) : معلومة .
(٢) ما بين القوسين ساقط من (د١) .
(٣) سقط من الأصل .

ونظير الإجارة فيما ذكرناه من البيع ما لو قال : بعتك كلَّ صاع من هـٰذه الصُّبرة [بدرهم .

قال الأئمة : لا يصح البيع في جميع الصبرة ؛ فإنه لم يقل : بعتك هـٰذه الصُّبرة](١) ، كلَّ صاع بكذا ، بل قال : بعتُك كلَّ صاعٍ من هـٰذه الصُّبرة ، فلم يأت بعبارةٍ تشتمل علىٰ جميع الصّبرة .

وكان **شيخي** يقول : إذا قال : بعتك كلَّ صاع من هـٰذه الصبرة بكذا ، فالبيع يصح في الصبرة ، كما لو قال : بعتك الصبرة كل صاع بكذا .

والمسألة محتملة .

٥١٥٤ـ فإذا فرعنا على المشهور الذي ذكره(٢) **القاضي** ، فلم(٣) نجعل ذلك بيعاً في جميع الصبرة ، فهل يصح البيع في صاعٍ واحد من الصبرة ؟ فعلى الوجهين اللذين ذكرناهما فيه إذا قال : أجرتك داري هـٰذه كل شهر/ بكذا ، فهل تصح الإجارة في الشهر الأول ؟ فيه ما ذكرناه من خلافِ **ابن سريج** ، ولـٰكن مذهبه يختص بالشهر الأول ؛ [إذْ](٤) لا يتصور تصحيح الإجارة في غيره . وفي مسألة الصبرة يصح البيع في صاعٍ من جملتها عند **ابن سريج** ، والأصح أن لا تصح الإجارة في الشهر الأول ، ولا يصح البيع في صاعٍ من الصبرة إذا لم نجعل ما جرىٰ بيْعاً في جميع الصُّبرة .

ش ١٣٢

فهـٰذا تمام المراد في ذلك .

فصل

٥١٥٥ـ ذكر الأئمة في إجارة الوقف كلاماً متصلاً بما نحن فيه ، فنقول : إذا أجر الوقفَ من تصح إجارته ، فذكر مدةً معلومة ، ثم مات الآجرُ ، نُظر : فإن كان الآجرُ

---

(١) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .

(٢) في النسختين : ذكر .

(٣) (د١) : ولم .

(٤) ساقطة من الأصل .

متولِّياً ، ولم يكن موقوفاً عليه ، فموته لا يؤثر في الإجارة ، وهي باقية علىٰ لزومها .

فأما إذا أجر الوقفَ من هو موقوف عليه ، وكان شرط الواقف مقتضياً ترتيبَ البطون ، وألا يستحق من في البطن الثاني شيئاً ما لم ينقرض مَن في البطن الأول ، ثم أجّر الموقوفُ عليه في البطن الأول الوقفَ ، فالقول في أن الموقوف عليه هل يؤاجر بسبب استحقاقه لرَيْع الوقف يأتي مستقصًىٰ في كتاب الوقف، إن شاء الله عز وجل، وفيه نذكر تخريج ذلك على الأقوال في أن الملك في رقبة الوقف لمن ؟ فلسنا نخوض الآن في تفصيل ذلك ؛ فإنه من أقطاب كتاب الوقف ، كما سيأتي، إن شاء الله تعالىٰ .

٥١٥٦ـ فإذا أجر الموقوفُ عليه حيث يجوز له ذلك ، ثم مات الآجر في البطن الأول ، وشرْطُ[1] [الواقف][2] يقتضي انتقالَ الاستحقاق إلى البطن الثاني ، فهل نحكم بارتفاع الإجارة في بقية المدة عند موت من في البطن الأول ؟

في المسألة **وجهان مشهوران** : **أحدهما** ـ أن الإجارة لا تنفسخ ؛ فإنها انعقدت على اللزوم ، فلا يتضمن طريانُ الموت انفساخَها ، كما لو أجر المالك داره المملوكةَ ، ثم مات في أثناء المدّة ، فالملك ينتقل إلى الوارث في الرقبة ، ولـٰكن لا تنفسخ الإجارة .

والوجه الثاني ـ أن العقد لا يبقىٰ في بقية المدة إذا انتقل الاستحقاق إلى البطن الثاني .

٥١٥٧ـ وبنى الأصحاب هـٰذين الوجهين على اختلافٍ ذكروه في الوقف ، وذلك أنَّهم قالوا : البطن الثاني يتلقى الاستحقاقَ من البطن الأول تلقي الوارثِ من الموروث أم يتلقىٰ من الواقف ؟ فيه اختلاف مشهورٌ بين الأصحاب ، ثم بنَوْا مسألتنا علىٰ ذلك ، فقالوا : إن حكمنا بأن البطن الثاني يتلقىٰ من الأول ، فالإجارةُ تبقىٰ في بقية المدة ، كما تبقى الإجارة إذا مات الموروث ، وإن حكمنا بأن البطن الثاني يتلقى الاستحقاقَ من الواقف ، / فالعقد يزول في بقية المدة إذا مات من في البطن الأول . ١٣٣ ي

---

(١) (د١) : فشرط .

(٢) في الأصل كما في (د١) : الوقف . والمثبت تقدير منا علىٰ ضوء عبارة الأصل التي مضت آنفاً .

وهٰذا الاختلاف الذي ذكره الأصحاب في الوقف لست أرىٰ له وجهاً ، بل يجب عندي القطعُ بأن البطنَ الثاني يتلقى الاستحقاقَ من الواقف ؛ فإن المتبع في الوقف ، وتعيينَ المستحقِّ والقدرِ شرطُ الواقف ، ومن في البطن الثاني يستحق [بما][1] يستحق به من في البطن الأول ولا وِراثةَ[2] في الوقف .

ولٰكن توجيه الوجهين مع القطع بما ذكرته ممكنٌ ؛ فإن الإجارة صحت من البطن الأول علىٰ حالٍ ، فلا يمتنع الحكمُ بدوامها .

ثم إذا حكمنا ببقاء الإجارة في بقية المدة ، فيجب صرف حصة تلك المدة إلى البطن الثاني لا محالة ، ولو استنفق من في البطن الأول جميعَ الأجرة، فحصة بقية المدة دينٌ في تركته . هٰذا لا بد منه ، ولا شك فيه .

٥١٥٨ـ ثم ذكر الأصحاب وجهين في انفساخ الإجارة ، وهٰذا يستدعي عندنا نظراً ، والوجه ألاّ نذكر عبارةَ الانفساخ ، بل نقول : نتبيّن في وجهٍ أن الإجارة باطلةٌ في بقية المدة ؛ من جهة أنا علمنا أن من في البطن الأول تصرّف فيما لم يكن له . ومساق هٰذا يقتضي [تبيّنَ][3] البطلان ، لا الحكمَ بالانفساخ ؛ فإن الانفساخ يُشعر بانعقاد العقد ، ثم بارتفاعه بعد حقيقة الانعقاد ، كقولنا : إذا تلف المبيع قبل القبض ، انفسخ البيع ، وكقولنا : إذا انهدمت الدار في أثناء مدة الإجارة ، انفسخت في بقية المدة ، فلا معنىٰ إذاً للانفساخ في مسألة الوقف . ولم يصرح بالبطلان علىٰ أحد الوجهين إلا **الصيدلاني** ، والأمر علىٰ ماذكرنا ، ووافق فيه **الصيدلاني** .

٥١٥٩ـ ومما يتصل بهٰذه القاعدة ، ويناظر ما نحن فيه أن الولي إذا آجر الطفلَ ، فهو جائز علىٰ حكم الغبطة على الجملة ، فلو أجَّره مدةً سيبلغ بالسن في أثنائها لا محالةَ ، فالإجارة وراء البلوغ باطلةٌ ؛ فإنها وقعت وراء أمد الولاية . وهل تصح الإجارة في المدة التي تقع في الصبا ؟ ذكر الأصحاب بطلانَ الإجارة من غير تفصيل ،

---

(١) في الأصل : مما .
(٢) (د١) : وارث .
(٣) في الأصل : تبيين .

ولم يتعرضوا لبيان الإجارة في مدة الصبا .

وقال القاضي : يجب تخريج صحة الإجارة في المدة الواقعة في الصبا علىٰ قولي تفريق الصفقة . وهـٰذا حسنٌ متّجهٌ ، ويحمل ترك تعرض الأصحاب لذلك على اعتمادهم وضوحَ الأمر في هـٰذا .

٥١٦٠ـ ولو أجر الولي الطفلَ مدة لا يعلم أنه يبلغ بالسن فيها ، ولـٰكن كان بلوغه بالاحتلام ممكناً في أثناء المدة ، فيحكم علىٰ ظاهر الحال باستمرار الإجارة ، فإن لم يتفق البلوغ حتىٰ تمت الإجارة ، فلا كلام .

وإن اتفق البلوغ في المدة ، ففي الإجارة وراء البلوغ خلافٌ ، ذكره/ الأصحاب . ١٣٣ ش منهم من قال : الإجارة تبقىٰ ، فإنها جرت من وليٍّ علىٰ شرط الغبطة ، ووقع الحكم أولاً بنفوذ الإجارة ، فيجب الوفاء بها .

والصحيح أن الإجارة لا تبقىٰ .

ثم ذكر الأصحاب عبارة الانفساخ ، والوجه عندنا أن نقول : نتبين بطلانَ الإجارة وراء البلوغ ، وهـٰذا كما ذكرناه في مسألة الوقف .

٥١٦١ـ ثم إذا حكمنا ببطلان الإجارة وراء مدة البلوغ ، فهل نقول : تبيّنا أن الإجارةَ اشتملت علىٰ ما يصح ، وعلىٰ ما يفسد ، حتىٰ يُخرّج علىٰ قولي تفريق الصفقة قولٌ إن الإجارة باطلة في جميع المدة ، كما ذكرناه فيه إذا أجر الصبي مدةً يعلم أن شيئاً منها يقع وراء بلوغه بالسن ؟ هـٰذا لم يتعرض إليه الأصحاب . وإذا أوضحنا أن انتفاء الإجارة وراء البلوغ سبيله البطلان ، لا الانفساخ ، فلا بد من خروج هـٰذا القول .

وقد يظهر للفقيه القطعُ بصحة الإجارة فيما تقدم على البلوغ بالاحتلام ، وأن الإجارة عقدت على احتمال أن تصح وتستمر في جميع المدة ، وكل عقد يُعقد كذلك ، ثم يتبين آخراً أمرٌ ، فيظهر تخصيصُ الإبطال بما يتبين آخراً ، وسنذكر نظير ذلك في محاباة المريض في البيع ، إذا لم يفِ الثلث باحتمالها .

٥١٦٢ـ ومما يتصل بما نحن فيه أن المالك إذا أجر عبده سنة ، ثم إنه أعتقه في أثنائها ، فالذي قطع به الأصحاب أن الإجارة لا تنفسخ في بقيّة المدّة بطريان العتق .

وذكر **صاحب التقريب في ذلك وجهين** : **أحدهما** ـ ما ذكره الأصحاب .

والثاني ـ أن الإجارة تنفسخ في بقية المدة . وهـٰذا ضعيفٌ لا خروج له علىٰ قاعدة المذهب . والسبب فيه أن الإجارة جرت من المالك بحقِّ الملك ، ثم طرأ عليها ما يتضمن زوال الملك عن الرقبة ، فكان ذلك بمثابة ما لو أجر المالك داره ، ثم مات .

وأبو حنيفة[١] مع مصيره إلىٰ أن الإجارة تنفسخ بموت المكري ـ سلّم أن العبد المستأجَر إذا أُعتق في خلال المدة ، لم تَنْفسخ الإجارة[٢] ، فالوجه القطع بأن الإجارة لا تنفسخ .

ثم هل يثبت للعبد إذا عَتَق الخيارُ في فسخ الإجارة في بقية المدة ؟ فعلىٰ **وجهين** ـ ذكرهما **صاحب التقريب** أيضاً : **أحدهما** ـ أنه لا خيار له ، والإجارة تجري علىٰ موجب لزومها .

والوجه الثاني ـ أنه يثبت له الخيار كما تتخير الأمة إذا عَتَقت تحت زوجها القِنّ ، وهـٰذا بعيدٌ لا أصل له .

نعم إن حكمنا ببقاء الإجارة ولزومها ، وأوجبنا الوفاء بها ، فإذا عمل المعتَق في بقية المدة ، بعد نفوذ العتق، فهل يرجع بأجرة مثله في هـٰذه المدة الواقعة بعد العتق

(١) ر . مختصر الطحاوي : ١٢٨ ، المبسوط : ١٥/ ١٥٣ ، البدائع : ٤/ ٢٢٢ ، مختصر اختلاف العلماء : ٤/ ١٢٩ مسألة ١٨٢٦ ، البحر : ٨/ ٤١ ، تبيين الحقائق : ٥/ ١٤٤ ، فتح القدير : ٨/ ٨٤ ، حاشية ابن عابدين : ٥/ ٥٢ ، الاختيار : ٢/ ٥٥ ، مجمع الأنهر : ٤/ ٤٠١ .

(٢) هـٰذه المسألة (انفساخ الإجارة بعتق العبد المستأجر) أجهدتنا كثيراً ، فلم نجدها في مظانها من كتب السادة الأحناف برغم طول بحثنا . وأخيراً وجدناها في (البدائع : ٤/ ١٩٩ عند شروط المستأجَر) كما وجدناها في غير مظانها أيضاً في : تبيين الحقائق وحاشية الشلبي عليه : ٥/ ١٤١ ، والبحر : ٨/ ٣٧ ، وحاشية ابن عابدين : ٥/ ٤٦ ، ومجمع الأنهر : ١/ ٣٩٦ ، والاختيار : ٢/ ٥٥ . كلهم في باب ضمان الأجير ، وليس في باب فسخ الإجارة . وهـٰذا مما يدعونا أن ننادي مع المنادين بضرورة فهرسة كتب الفقه وتكشيفها . ورحم الله ابن حجر الذي قال : « ولطالما قرأت المجلدة كاملة فلم أظفر بما أريد » فمن لنا بصبره وجَلَده!!! والله المستعان .

علىٰ سيده ؟ فعلىٰ وجهين مشهورين : **أحدهما** ـ أنه يرجع به علىٰ سيده ؛ فإنه بسبب العقد الذي قدّمه في الرق استسخره بعد العتق ، مع أنا نعلم أن السيد لا/ يستحق منفعةَ مُعتَقه بعد نفوذ العتق . ١٣٤ ي

والوجه الثاني ـ أنه لا يرجع عليه بشيء ، نظراً إلى ابتداء العقد ، وقد جرىٰ في حالة الرق ، وما بقي منه من بقايا أحكام الرق ، والدليل عليه أن المعتَق على المذهب الذي عليه الجريان لا يجد محيصاً عن العمل في بقية المدة ، فالمعنى الذي أوجب إلزامَ الإجارة وإدامتَها بعد العتق ، ذلك المعنىٰ يوجب قطعَ الرجوع [والتبعة][1] عن السيد .

٥١٦٣ـ ومما يجب تجديد العهد به في آخر الفصل التنبيه للفرق بين البطلان ، وبين الانفساخ ، فما ذكرناه من انتفاء الإجارة بعد بلوغ الطفل محمول على البطلان ، وكذلك ما ذكرناه من انتفاء الإجارة بعد موت مَنْ هو في البطن الأول محمول على البطلان ، وما ذكرناه في العبد إذا عتق [عن][2] **صاحب التقريب** من أن الإجارة تنتفي[3] بعد العتق ، فهو إن صح محمولٌ على الانفساخ ؛ فإن الإجارة صدرت من المالك بحق الملك ، ثم أنشأ تصرفاً ينافي حجرَ الرق ، فكان ذلك بمثابة ما لو أتلف البائع المبيعَ قبل القبض ، وقلنا بانفساخ البيع .

وهـٰذه المراتب يجب أن يتنبه لها الفقيه ، ولا يعتقدها علىٰ قضية واحدة .

٥١٦٤ـ ثم قال الأئمة : إذا أكرىٰ من في البطن الأول الوقفَ ممّن في البطن الثاني ، ثم مات القريب قبل انقضاء المدة ، فهـٰذا يُخرّج علىٰ ما ذكرناه من أن تصرفه ينتفي[4] إذا مات أم لا ؟

فإن قلنا : إجارته تنتفي بموته لو جرت مع أجنبي ، فلا شك أنها تنتفي في الصورة التي فرضناها . وإن قلنا : لا تنتفي إجارته مع الأجنبي في بقية المدة إذا مات ، ففي

(١) في الأصل : والمنفعة .
(٢) ساقطة من الأصل .
(٣) (د١) : تنتهي .
(٤) (د١) : ينتهي .

انتفاء الإجارة ، وقد جرت ممّن هو في البطن الثاني وجهان ، والسبب في جريانهما أنه قد طرأت حالةٌ في حقه توجب له استحقاق المنفعة من غير إجارة .

وقد ذكرنا أن المستأجر إذا اشترىٰ في خلال المدة الدارَ المستأجرة ، فهل تنفسخ إجارته ؟ والوجه ترتيب مسألة الوقف علىٰ طريان الملك على الرقبة ، ومسألة الوقف أولىٰ بارتفاع الإجارة ، والفرق أن طريان الملك في الرقبة ليس يُثبت الاستحقاقَ في المنافع مقصوداً ، بل مالكُ الرقبة يستحق منفعتها تبعاً لملك الرقبة ، والموقوف عليه في البطن الثاني يستحق المنافع استحقاقاً مقصوداً ، من غير تقدير تبعية ، فكان ذلك أولىٰ بانفساخ الإجارة .

ثم نقول في هـٰذا المنتهىٰ هـٰذا انفساخٌ ، وليس بطلاناً ، وهو بمثابة ما لو اشترى الزوج زوجته ، فإن النكاح ينفسخ بما يطرأ من ذلك .

هـٰذا بيان مسائل الفصل .

فصل

قال : « وأي المتكاريين هلك . . . إلىٰ آخره »[1] .

٥١٦٥ـ قد ذكرنا من مذهب **الشافعي** أن الإجارة لا تنفسخ بموت واحد من المتعاقدَيْن ، ولا بموتهما جميعاً ؛ فإنها معاملةٌ لازمةٌ ، فيجب الوفاء بها .

ش ١٣٤ ٥١٦٦ـ وإذا أجر الحرُّ نفسه/ ، ثم مات ، فانفساخ الإجارة ليس بسبب موت الآجر ، وإنما هو بسبب فوات المعقود عليه .

٥١٦٧ـ ثم نقول : الإجارة لا تخلو إما أن تُفرضَ واردةً علىٰ عينٍ ، أو تُفرضَ واردةً علىٰ ذمة الآجر ، فإن وردت علىٰ عينٍ ، وبقيت العين ، ومات العاقد ، فالإجارة تبقىٰ . وإن كانت الإجارة واردةً علىٰ [ذمة الآجر][2] فإذا مات ، فسبيل الإجارة في

---

(١) ر . المختصر : ٣/ ٨٢ .
(٢) في الأصل : على الذمة .

ذِمّته كسبيل الديون اللازمة ، فإن كان في تركته وفاءٌ استأجرنا منها من يتمم العمل المستَحق في ذمته ، وإن لم يكن في تركته وفاءٌ ، أو لم يخلّف شيئاً فوارثه بالخيار إن شاء سعىٰ في إتمام العمل ، واستحق الأجرة ، وإن شاء أعرض .

ثم المستأجر يتخير في فسخ الإجارة ، ورفع المعاملة لتحقق العذر[١] ، ولم نحكم بانفساخ الإجارة ، فإن العجز لا يتحقق إلا عن مباحثة ، وما كان كذلك ، فهو متعلّق بخيَرَةِ صاحب الحق .

ولو كان عمل بعض العمل في حياته ، وكان استوفىٰ تمامَ الأجرة ، فإذا انفسخت ، وقع الاعتداد بقسطٍ يقابل عملَه في الحياة ، ويصير الباقي ديناً في ذمة المتوفَّىٰ ، وهـٰذا بيّنٌ ، والعهد بتقريره قريب في كتاب المساقاة .

٥١٦٨ـ ثم ذكر **الأصحاب** مسائلَ مختلفاً فيها ، منها : أن الشيوع لا يمنع صحة الإجارة عندنا ، خلافاً **لأبي حنيفة**[٢]، وقد ذكرنا تحقيق المذهب فيه في مسألة كراء العُقَب[٣] .

ومنها أن من استأجر شيئاً وقبضه ، ثم أراد أن يكريه ، فله ذلك ، ولا معترض عليه في مقدار الأجرة ، فلو كان استأجر [داراً][٤] بمائةٍ سنةً ، وقبضها ، ثم أكراها بمائتين ، ساغ ، وما يأخذه[٥] من الزيادة حلالٌ طيب . **وقال أبو حنيفة**[٦] : الإكراء بالزيادة صحيح ، ولـٰكن الزيادة على الأجرة ليست بطيّبة[٧] ، ويلزم التصدق بها ، وهـٰذا لا أصل له في الشريعة عندنا .

٥١٦٩ـ ولو أجر المستأجر العينَ التي قبضها من المالك المُكري ، فقد ذكر

---

(١) (د١) : التعذر .
(٢) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٤/ ١٢٤ مسألة : ١٨٢١ ، إيثار الإنصاف : ٣٣٤ .
(٣) العُقَب : جمع عقبة وزان غرفة وغرف ، ويراد بها (النَّوْبة) حينما يتعاقب الراكبون دابة الركوب . وانظر ما يحيل إليه في فصل وجوب اتصال الاستحقاق بالعقد .
(٤) سقطت من الأصل .
(٥) (د١) : يأكله .
(٦) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٤/ ١٢٦ مسألة : ١٨٢٣ ، ومختصر الطحاوي : ١٢٩ .
(٧) (د١) : ليست طيبة ، ويجب .

الأصحاب في صحة ذلك وجهين وبنَوْهما على الوجهين في أن المكتري إذا ملك رقبةَ المكترَىٰ ، فهل تنفسخ الإجارة ؟ وقد قدمنا تفصيلَ المذهب في ذلك ، والوجهُ ترتيب الوجهين فيه إذا أكرىٰ من المكري على الوجهين فيه إذا طرأ للمكتري ملكُ الرقبة ، والإكراء[1] من المكري أولىٰ ألا يصح ، والسبب في ذلك أنه اجتمع مع ملك المكري للرقبة أن المنافع بعدُ في ضمانه للمكتري منه ، فلو صححنا الإجارة معه ، لكانت المنافع مضمونةً له ، و[مضمونة][2] عليه ، وهـٰذا متناقضٌ في موجب المعاملات ، والله أعلم .

* * *

(١) (د١) : والاكتراء .
(٢) سقطت من الأصل .

باب
كراء الإبل

قال الشافعي : « وكراء الإبل جائز للمحامل والزوامل والرحال. . . إلىٰ آخره »(١) .

٥١٧٠ـ المحامِل جمع مَحْمِل ، وهو كالمرقد ، والزوامل جمع الزاملة ، ومعناها ما يزمّل ويلف من الثياب/ والأمتعة علىٰ ظهر الدابة ليركبها من يركبها ، ويقال : تزمّل فلانٌ بكسائه إذا التفَّ به ، ومنه قوله تعالىٰ : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلۡمُزَّمِّلُ ﴾ [المزمل : ١] وقيل : الزاملة علىٰ صيغة الفاعل ، ومعناه المفعول ؛ فإن الزاملة اسمٌ للثياب المزمّلة ، ويجوز أن يقال : الزاملة اسمٌ لشكلٍ في وضع الأمتعة جامعٍ لها ، فتلك الصورة زاملةٌ [لاثّةٌ](٢) للأمتعة .

١٣٥ي

والرحال جمع الرحل ، وهو يطلق على الإكاف ، وقد يطلق على الزاملة أيضاً .

٥١٧١ـ ثم قال المرتِّبون مقصود الباب تفصيلُ القول في كراء الدواب في الوجوه والمقاصد التي تُكترىٰ إليها . ثم لها **أربعة مقاصد** : **أحدها** ـ الركوب . **والثاني** ـ الحمل . **والثالث** ـ الاستقاء . **والرابع** ـ الحرث . ونحن نذكر كلَّ مقصودٍ من هـٰذه المقاصد ، ونوضّح ما يتعلق به ، إن شاء الله عز وجل .

٥١٧٢ـ فلتقع البداية بالركوب . والاستئجارُ لهـٰذا المقصود ، ولغيره ينقسم إلى الإجارة الواردة على العين ، وإلى الإجارة الواردة على الذمة ، ونحن نذكر تفصيل الإجارة الواردة علىٰ عينِ الدابة فنقول : لا بد أولاً مع تعيين الدابة من وجوهٍ في

---

(١) ر . المختصر : ٣/ ٨٢ .

(٢) في الأصل تقرأ (لانه) ، وفي (د١) : لافة . والمثبت هو أقرب صورة للأصل . ولاثّة : من لاث العمامة إذا لفها علىٰ رأسه ، وعصبها به . (المعجم) .

الإعلام : منها إعلام المنفعة ، وذلك يحصل بوجهين : **أحدهما** ـ المدة ، وذلك بأن يقول المكتري : اكتريت منك هـٰذه الدابة لأركبها في بياض هـٰذا النهار ، وأتردد عليها في حوائجي . فهـٰذا وجه في إعلام المعقود عليه .

والوجه الثاني ـ ألا يتعرض للمدة ، ولـٰكن يذكر المقصود ويوضحه ، بأن يقول : اكتريت هـٰذه الدابة لأركبها إلى الموضع الفلاني ، وهـٰذا إعلامٌ تامٌّ ، ولا حاجة إلىٰ ذكر الوقت ، مع ما ذكرناه .

٥١٧٣ـ ومما يجب إعلامه في إجارة العين للركوب صفةُ الراكب ، فإن حضر ، وعاينه مالك الدابة ، كفىٰ ذلك وإن لم يحضر ، فلا بد من وصفه ، فإن ذكر وزنه ، كفىٰ . وإن لم يذكر وزنه ، وذكر قدّه ، وما هو عليه من نحافة أو سمن ، على التقريب الممكن ، فالأصح أن ذلك كافٍ ؛ فإنا إذا كنا نكتفي بمعاينة الراكب ، فذكر هـٰذه الأوصاف تنزل منزلة المعاينة ، وإن كنا لا نحيط بحقيقة الوزن في المعاينة ، ولا في الوصف .

ومن أصحابنا من أوجب ذكر الوزن إذا لم يكن الراكب حاضراً حالة العقد ـ ولا خلاف أن العِيان يكفي في ضبط الراكب ـ وهـٰذا الوجه ضعيف غيرُ معتد به .

٥١٧٤ـ ثم إذا انعقدت الإجارة علىٰ عين الدابة ، فمن أحكامها أن تلك الدابة لا سبيل إلىٰ بدلها ؛ فإن بقيت استمرَّت الإجارة ، وإن تلفت في يد المستأجر ، انفسخت الإجارة في بقية المدة ، كما تقدم تقرير ذلك .

ولو عابت عيباً يؤثر في مقصود الإجارة تخيّر المكتري ، فإن رضي بالعيب ، استمر العقدُ ، وإن فسخ ارتفعت الإجارة .

ش ١٣٥ **٥١٧٥ـ** ومن أحكام تعيّن الدابة أن[1] استئجارها يجب أن يكون بحيث يستعقب/ العقدُ استحقاقَ منفعتها ، فلو أضيف العقدُ إلىٰ مدة في الاستقبال ، لم يصح مثل : أن يقول : أجرتك هـٰذه الدابة غرة شعبان ، والعقد في رجب . وقد أوضحنا ذلك .

---

(١) (د١) : على استئجارها .

٥١٧٦ـ ثم إذا قبض المستأجر الدابةَ ، وكان ذكر أنه يركبها ، فلو أراد أن يُركبها غيرَه ، جاز ، [والجملة][(١)] الضابطة في ذلك أن المستحَقَّ في الإجارة منفعةُ الدابة ، فهي مخصوصةٌ ، وذكرُ عين الراكب[(٢)] لا يعيّنه ، فإن التعيين إنما يؤثر في المعقود عليه ، والراكب مستوفٍ للمنفعة وليس معقوداً عليه ، فإذا أراد أن يُركب غيرَه ، جاز . ولهـٰذا قطع الأئمة بأنه[(٣)] يُكري الدابة إن رام ذلك ، ومن ضرورة تجويز ذلك تبدّل الراكب .

ثم إنما يجوز تبديل الراكب إذا كان مثلَ المستأجر المعيّن للركوب ، فإن كان أثقلَ منه ، لم يجز ، وذلك بيّنٌ .

٥١٧٧ـ ولو كان المستأجر رفيقاً في ركوبه وتزْجِيَة الدابة ، فلو أكراها ممن هو في الجثة مثلُه ، ولـٰكن كان أعنفَ منه في الإجراء ، أو التَّزْجِية ،فهـٰذا لا يؤثر في إفساد الإجارة ، والسبب فيه أن ما يصدر من ذلك الراكب من ضربٍ وتعنيف ينقسم ، فمنه ما كان لا يُمنع منه المستأجر لو أراده ، وهو القدر المعتاد في إجراء الدابة ، ومنه ما يزيد على المعتاد الشائع ، فيمنع منه الراكب . فإذا ثبت ما ذكرنا ، فلو ركب المستأجِر من المستأجِر ، وعنّف ، واعتدىٰ ، وزاد في التعنيف والضرب ، علىٰ ما يسوغ ، فهلكت الدابة بهـٰذا السبب ، فلا شك أن الضمان يتوجه عليه .

٥١٧٨ـ ثم قال الأئمة : ليس للمالك مطالبةُ المستأجر الأول ليرجع بما يغرَم . وهـٰذا متفق عليه .

وليس كما لو [أكرىٰ][(٤)] الدابة من رجل ضخمٍ تزيد جثتُه في الثقل ؛ فإن الدابة إذا هلكت بسبب ثقل الراكب الثاني ؛ فالضمان يتوجه عليه ، ويتوجه أيضاً المطالبةُ على المستأجر الأول من جهة المالك . والفرق أن الدابة إذا تلفت بتعنيفٍ من الثاني ،

---

(١) في الأصل : فالجملة .
(٢) (د١) : الدابة ، وهو سبق قلمٍ لا شك .
(٣) (د١) : بأن .
(٤) في الأصل : اكترىٰ .

فالأول غيرُ مقصّرٍ في الإجارة والتسليم ، وإنما جاء العدوان من الثاني ، فلم يتعلق بالأول عدوانٌ ، ولا سببُ عدوان ، وليس كذلك إذا ركب من هو أثقل منه ؛ فإن عيْنَ ذلك عدوان . ولٰكن إذا تحقق الإتلاف من الثاني ، فعليه قرارُ الضمان ، والمطالبة تتوجه على الأول ؛ لأنه تسبب إلىٰ ما جرىٰ . وهٰذا واضحٌ .

٥١٧٩ـ ومما يتعلق بالركوب في الدابة المعيّنة أنه لو اكترىٰ بعيراً(١) [ليحمله](٢) مَحْمِلاً ليركبه ، فلا بد من إعلام المَحْمِل ، فإن عاينه ، كفىٰ ، إجماعاً ، ولا يشترط مع العيان معرفةُ الوزن .

وإن لم يكن المَحْمِل حاضراً ، فلا بد من وصفه ؛ فإن وقع الاقتصار علىٰ ذكر وزنه ، فالذي قطع به/ **المحققون** أن ذلك لا يكفي ؛ فإن المحامل تختلف بالسعة والضيق ، وغيرهما من الصفات ، مع التقارب في الوزن ، ويختلف الضرر والعناء على الدابة باختلاف هٰذه الصفات اختلافاً بيّناً . ي ١٣٦

وذكر بعضُ الأصحاب أنّ الاقتصار علىٰ ذكر الوزن كافٍ ، ثم لهيئة المحمل على الوزن المعلوم ضبطٌ يعرفه أهل الصناعة فيتّبع ذلك . وهٰذا الوجه ضعيفٌ ، لا أعتدُّ به .

ولو وصف المَحْمِل بالطول والعرض والسعة ، وكل ما يختلف الغرض به ، ولم يتعرض للوزن ، ففي المسألة **وجهان** : **أصحهما** ـ أن الوزن لا بد منه ؛ فإنه الأصل . **والثاني** ـ أن الصفات كافية كما في العيان ؛ إذ لا خلاف أنه لا يجب الوزن مع العيان .

٥١٨٠ـ والأصح أن الراكب إذا كان غائباً ، كفىٰ في إعلامه وصفُه ، ولا حاجة إلىٰ ذكر وزنه ، وفيه أيضاً خلافٌ قدّمته ، والأصح في المحمل وجوب ذكر الوزن إذا كان غائباً ، والأصح أن ذلك لا يجب في الراكب الغائب ، والمتبع في النفي والإثبات والفرق والجمع العرفُ ، وهو هيّنٌ علىٰ أهل المعاملة .

٥١٨١ـ ولو جرىٰ ذكر المَحْمِل في موضعٍ محاملُه متدانية كمحامل بغداد ،

---

(١) (د١) : بعين .
(٢) في الأصل : ليحملها .

وشقادف[1] الحجاز ، فقد قال **أبو إسحاق المروزي** : إطلاق المحمل في مثل هـٰذه البقعة كافٍ ، وخالفه معظمُ الأصحاب ؛ فإن المحامل لا تتوافق في شيء من البقاع ، ولا بد وأن تختلف اختلافاً معتبراً .

٥١٨٢ـ ومما يتعلق بالركوب أن المستأجر إذا ذكر أنه يركب الدابة بالإكاف ، فلو أبدله بالسرج ، جاز ، فإن السرج أهونُ ، وأخفُّ على الدابة من الإكاف .

ولم يذكر أحد من الأصحاب اشتراط ذكر الوزن في السرج والإكاف ، وإنما تعرضوا للوزن في المحامل الغائبة ، واكتَفَوْا بالعادة في الإكاف والسرج ؛ لأن ذلك مما لا يختلف اختلافاً به مبالاة .

٥١٨٣ـ ومما ذكره الأئمة في ذلك أن قالوا : من اكترىٰ دابة وقبضها ، ثم أفلس [المكري][2] ، فلا أثر لفلسه في الإجارة ، فإن منعنا بيع المكرَىٰ يصْبرُ الغرماء حتىٰ تنقضي الإجارة ، ثم تباع الدابة ، وتصرف إلى الغرماء . وإن جوزنا بيْعَ المكرَىٰ ، فأراد الغرماء البيعَ ، جاز لهم ذلك ، وإن كانت القيمة تنتقص والرغبات تقلّ ، فإنا لا نكلفهم أن يؤخروا حقوقهم رعايةً لغبطة المحجور عليه . وقد ذكرنا لذلك نظائر في كتاب التفليس .

ثم إذا بيعت الدابة ، فهي تقِرّ في يد المستأجر إلىٰ أن يستوفي تمام حقه ، وتنقضي الإجارة ، وذلك واضحٌ لا إشكال فيه .

وكل ما ذكرناه فيه إذا كان المقصود من الإجارة الركوب ، وقد وردت علىٰ عين الدابة .

٥١٨٤ـ فأما إذا كانت الإجارة واردة على الذمة ، فيجري في ذلك **لفظان** : **أحدهما ـ** أن يقول : ألزمت ذمتك إركابي إلى الموضع الفلاني ، فهـٰذا لفظٌ .

ولا بد فيه من إعلام المركوب/ ، فإن الغرض يختلف بذلك اختلافاً عظيماً . وقد ١٣٦ ش

---

(١) الشُّقدُف : بضم الشين والدال ، مركب أكبر من الهودج ، يستعمله العرب ، وكان يركبه الحجاج إلىٰ بيت الله الحرام . جمعه شقادف . (المعجم) .

(٢) في الأصل ، كما في (د١) : المكتري ، والمثبت تقدير منا رعاية للمعنىٰ .

ذكرنا في السَّلَم أنه يجب فيه ذكر الأوصاف المقصودة ، فليذكر الجنسَ والنوعَ ، وليبيِّن أن المركوب حمار ، أو بغل ، أو فرس ، أو بعير[١] ، وذكر الأئمة أنه يذكر أنه ذكر أو أنثىٰ ؛ فإن السير يختلف بالذكورة والأنوثة ، والذي يدل عليه ظاهرُ كلام الأئمة أن ذلك شرطٌ ، وقد رأيت في كلام بعضهم ما يدل علىٰ أن ذلك احتياطٌ ، وليس بشرط ، والمسألة محتملة .

ولم يتعرض أحدٌ من الأصحاب لوصف سير الدابة ، وأنها تخطو أو تُهَمْلج[٢] ، والذي لا يستراب فيه وجوبُ ذكر ذلك ؛ فإن البهائم تختلف في هـٰذا ، وما ذكرناه في صفة السير يجري لها مجرى الأوصاف ، ومعظم الغرض يتعلق بذلك ، وإذا ذكروا الذكورة والأنوثة ، فما ذكرتُه أولىٰ بالاشتراط .

فهـٰذا بيان ما يتعلق من الإعلام بلفظٍ يتفق استعماله في إلزام المقصود ذمّةَ المكري .

٥١٨٥ـ **واللفظ الثاني** أن يقول : ألزمت ذمتك تسليمَ مركوبٍ إليَّ أركبه إلىٰ موضع كذا ،فهـٰذا يُداني اللفظَ الأول ، ولـٰكنهما قد يختلفان في التفريع ، كما سيأتي شرحُ ذلك، إن شاء الله تعالىٰ ـ ثم القول في وصف الدابة كما ذكرناه .

٥١٨٦ـ ولا يشترط أن يذكر صحةَ الدابة وقوّتَها ، واستقلالَها ؛ فإن مطلق العقد يقتضي ذلك ، وما يقتضيه مطلقُ العقد ، فلا حاجة إلى التصريح بذكره .

٥١٨٧ـ ثم إن جرى العقد بلفظ السَّلَم ، فيجب تسليمُ الأجرة في مجلسِ العقد ، وإن لم يجر لفظُ السلم ، وإنما قال : ألزمت ذِمتك ، ففيه وجوب تسليم الأجرة في مجلس العقد خلافٌ بين الأصحاب قدّمنا ذكره ، وهو جار في البيع الوارد علىٰ مبيع موصوفٍ في الذمة من غير ذكر لفظ السلم ، والسلف .

٥١٨٨ـ ثم إذا وردت الإجارة على الذمة ، فيتصور فيها الحلول والتأجيل : فالحالّ

---

(١) (د١) : أو غيرهما .

(٢) تهملج : هملجت الدابة سارت سيراً حسناً في سرعة . (المعجم) .

هو الذي يُقيَّد بالحلول ، أو يطلق ؛ فإنَّ المطلق عندنا كالمقيّد بالحلول والتعجيل . والمؤجل مثل : أن يقول : ألزمت ذمتك أن تُركبني غُرّةَ المحرم إلىٰ موضع كذا ، فهـٰذا جائز ؛ فإنّ الديون تقبل الآجال .

فأما إذا ورد العقدُ علىٰ دابة معينة ، ففرض الأجل محال ؛ فإن الأعيان لا تقبل الآجال ، ولو أضيفت إجارة الدابة المعيّنة إلىٰ وقتٍ مستقبل ، فهو باطل ، كما تقرر من المذهب .

ثم لا بد من إعلام الراكب في عقد الذمة ، وقد ذكرنا طريق إعلامه بالعيان ، أو الوصف ، فإن قيل : أليس التعيين ينافي وضعَ السَّلم ، فلم تجوّزون تعيين الراكب ؟ قلنا : إنما يمتنع تعيين المعقود عليه ، مثلُ أن يعيّن المسلم في الرطب نخلاتٍ من بستان ، هـٰذا ينافي مقصودَ السلم ، والراكب ليس معقوداً عليه ، والذي يوضح الحقَّ في ذلك/ أن الراكب وإن عُيِّن في الإجارة في الدابة المعيّنة ، فإنه لا يتعين ؛ إذ له أن يُركب غيرَه ، فلا أثر إذاً لتعيين الراكب . والأمر علىٰ ما وصفناه . ١٣٧ ي

٥١٨٩ـ ثم من أحكام الإجارة [الواردة][1] على الذمة أن المكري لو سلّم دابةً على الصفة المطلوبة ، ثم تلفت تلك الدابة في يد المستأجِر ، فلا تنفسخ الإجارة ، بل يجب على المكري أن يأتي بدابةٍ أخرىٰ ، علىٰ صفتها ، وتحقيق ذلك أن الدابة إذا كانت معيَّنةً في الإجارة ، فسلمها المستأجرَ ، وتلفت في يده ، فالإجارة تنفسخ ، والتلف يقع من ضمان المكري . هـٰذا حكم الإجارة الواردة على العين .

فأما إذا كانت واردةً على الذمة، ففيها متسع ، فلا وجه للحكم بالانفساخ إذا كان الوفاء بالعهد ممكناً ، وكذلك لو عابت تلك الدابة في يد المكتري ، فإنه يردّها ولا تنفسخ الإجارة ، بل يستبدل عنها دابةً أخرىٰ ، غيرَ معيبة ، وإذا عابت الدابة المعيّنة في الإجارة ، فردُّها يتضمن انفساخَ الإجارة لا محالة .

ومما يتعيّن الاعتناء بفهمه في هـٰذا المقام أن الدابة المسلّمة في إجارة الذمة يتعلق بها حق المستأجر على التحقيق ، وإن كان مستند الإجارة الذمةَ ، وبيان ذلك : أن

---

(١) ساقطة من الأصل .

المستأجر لو أراد أن يكري الدابةَ التي قبضها عن إجارة الذمة ، فله ذلك ، أطبق عليه أئمة المذهب .

ومما ذكروه في تحقيق ذلك أن المكري لو أفلس قبل تسليم الدابة ، فقد يُضارب بحقه المستأجرُ ، كما سنصفه الآن، إن شاء الله تعالىٰ ـ وإذا سُلِّم الدابة ، ثم جرى الإفلاس ، فلا مضاربة ، والمستأجر أولىٰ بتلك الدابة حتىٰ يستوفي حقَّه منها ؛ فإن اختصاصه بها ـ وقد تسلمها ـ يزيد على اختصاص المرتهن بالرهن .

٥١٩٠ـ ومما ذكره الأئمة في ذلك : أن المستأجر لو أراد الاعتياض عن حقّه قبل تسلّم الدابة ، لم يكن له ذلك ؛ فإنه اعتياضٌ عن المسلم فيه ، وهو ممنوعٌ إجماعاً ، ولو تسلم دابة على الصفة المطلوبة ، ثم أراد المكتري أن يعتاض عن حقه في تلك الدابة ، فله ذلك ، وفي تصحيح هـٰذا الاعتياض سقوطُ حقِّ المستأجر ، وعللوا بأن حقَّه إذا تعين في الدابّة[1] ؛ فإن الاعتياض يقع عن حقٍّ في عين ، فإذا كنا نجوز للمستأجر في إجارة الذمة أن يُكري الدابةَ التي قبضها ، فقد أثبتنا له حقاً في عينها محققاً ، فالاعتياض من المسلم إليه يَرِدُ علىٰ حقه المتعيّن في الدابة ، ثم يترتب علىٰ تصحيح الاعتياض انقطاع حقّه من المسلم .

فإن قيل : لو تعين حقه كما ذكرتموه في الدابة ، فلم قلتم إذا تلفت تلك الدابة ، وجب على المسلم إليه الإبدال ؟ قلنا : لأن القبض لا يتحقق في المنافع من الوجوه كلِّها قبل انقضاء المدة ، فلذلك قلنا : لو تلفت الدابة المعيّنة في الإجارة في يد المستأجر ، تضمن ذلك انفساخ الإجارة/ . ش ١٣٧

٥١٩١ـ فلينتبه الناظر إلىٰ هـٰذه الأحكام ؛ فإنها مستقيمةٌ علىٰ قاعدة الإجارة ، وموجب الذمة ، وقد يظن المبتدىء فيها تناقضاً ، وليس الأمر كذلك . وسبب اختلافها ظاهراً [صدورُها][2] عن حكم الذّمة[3] ، وثبوتُ حق التعيينِ بالقبض ، مع

---

(١) في (د١) : الذمة .

(٢) في الأصل : صدورهما .

(٣) (د١) : ظاهر صدورها عن حكم الحدمة .

العلم بأن القبض لا يتم في المنافع ، ما لم تنقض المدّة[١] .

٥١٩٢ـ ومن تمام البيان في ذلك أن المكري في الذمة لو سلم دابّة ، ثم استردّها وأتىٰ بأخرىٰ ، وقد يعتاد المكرون ذلك ، فنقول : إن لم يرض المكتري بهـٰذا ، فلا يسوغ استرداد الدابة منه ، لما قرره الأئمة من ثبوت حق اختصاصه بالدابة ، حتىٰ أثبتوا له أن يُكري تلك الدابة ، وهـٰذا ينافي جواز انفراد المكري بالاستبدال .

٥١٩٣ـ وكان **شيخي أبو محمد** يقول : إن كان لفظُ الإجارة معتمِداً ذكر الدابة ، مثل أن يقول : ألزمتك دابة صفتُها كذا ، أركبها ، فإذا سلمت إليه الدابة ، فلا يجوز الاسترداد أصلاً . وإن قال : ألزمت ذمتك إركابي ، فالمعتمد الإركاب ، فيجوز الاستبدال ، والحالة هـٰذه .

والأئمة لم يفصلوا بين اللفظين ؛ فإن المعتمدَ ـ كيف جرى اللفظُ ـ الدابةُ وصفتُها ، والذي ذكره **شيخي** إنما يتجه ، ويحسن ، إذا كان الاكتراء لنقل حُمولة ؛ فإن الدابة لا أثر لذكرها[٢] ، فإذا قال : ألزمت ذمتك نقلَ متاعي هـٰذا إلىٰ موضع كذا ، فلا ينبغي أن يكون لتسليم الدابة في هـٰذه الصورة أثرٌ ووضعٌ[٣] أصلاً ، وسنوضح أنه لو أراد نقلَ ذلك المتاع بكتفه ، جاز ، فلا أثر إذاً للدابة في هـٰذا الموضع إذا لم يقع التعرض لها ، فإذا جاء المكري المتلزمُ بالدابة وحمّلها الحُمولة المذكورة ، فلا أثر للإتيان بها وتسليمها ؛ فإن مقصودَ العقد نقلُ المتاع علىٰ أيِّ وجهٍ فُرض .

أما إذا كان المقصود الركوب ، فلا بد من التعرض للدابة ، بل لا بدّ من ذكر جنس المركوب ووصفه ؛ فإن الغرض يختلف بذلك اختلافاً بيّناً ، ولا أثر لذكر الدابة في نقل الحُمولات . هـٰذا منتهى القول [في][٤] ذلك .

٥١٩٤ـ ومن بقية الكلام في هـٰذا القسم أن المكري الملتزم في الذمة إذا أفلس قبل

---

(١) (د١) : الذمة .
(٢) (د١) : لدركها .
(٣) (د١) : ووقع .
(٤) في الأصل : من .

تسليم الدابة الموصوفة ، وإقباضها ، فإن كانت الأجرة التي سلمها إليه قائمةً بعينها ، فالمكتري بالخيار بين أن يفسخ العقد ، ويسترد عينَ ماله ، وبين أن يُمضي العقدَ ، ويضارب الغرماء .

وإن لم تكن الأجرة باقيةً ، فلا وجه له إلا المضاربة ، والسبيل فيها أن يضارب بكراء مثل إركابه على الدابة الموصوفة ، إلى الموضع المذكور ، وما خصه بالمضاربة لا يسلّم إليه ؛ إذ لو سُلّم إليه ، لكان اعتياضاً عن المسلَم فيه ، ولـٰكن يصرف ما يخصه إلىٰ دابة يركبها ، فإن أمكن شراء دابة للمفلس ، حتىٰ يركبَها المكتري إلى/ المكان المسمىٰ ، ثم الدابة تباع ، وتصرف إلى الغرماء ،فهـٰذا بالغٌ حسن ، وفيه توفية حق المكتري من غير تنقيصٍ من حقوق الغرماء . وإن لم يتمكن من ذلك ، اكترينا بما يخصه دابةً على الصفة التي ذكرها ، فإن لم يف ذلك المقدارُ بتمام الغرض ، حصّلنا بعضَ المقصود ، وبقي الباقي ديْناً له في ذمة المفلس ، وقد ذكرنا المضاربة في السلم في كتاب التفليس . وهـٰذا عين[1] ذاك .

ي ١٣٨

وقد نجز القول في اكتراء الدابة للركوب علىٰ صفة التعيين ، وعلىٰ إلزام الذمّة .

٥١٩٥ـ فأما الاكتراء للحمل ، فينقسم إلىٰ إجارةٍ ترد علىٰ عين الدابة وإلىٰ إجارةٍ تعتمد إلزام ذمة [المكري][2] ، فأما ما يتعلق بالعين ، فهو استئجار دابة معيّنة لتحمل متاعاً ، وفي اشتراط رؤيتها قولان ، كالقولين في شراء العين الغائبة ، ثم لا بد من الإعلام ، وله **مسلكان** ، كما تقدم ذكره : **أحدهما ـ** الإعلام بالزمان ، وذلك مثل أن يقول : اكتريت منك هـٰذه الدابة بياضَ هـٰذا النهار ، لأنقل عليها أمتعةً لي من الحانوت إلى الدار ؛ فالإجارة تصح ، فإنّ ذكْر المدة يُعلم المقصودَ ، ويبيّنه ، ولـٰكن لا بد من ذكر المقدار الذي تحمله الدابة كلَّ كرّة ، فإنها لو حملت ما لا تُطيق في كل كرة ، لتفسخت ، وهلكت .

فهـٰذا وجهٌ في الإعلام .

---

(١) (د١) : غير ذاك .
(٢) في الأصل : المكتري .

والوجه الثاني ـ أن يتعرض لنفس المقصود من غير ذكر زمان ؛ مثل أن يقول : اكتريت منك هـٰذه الدابة لأحملها كذا وكذا ، إلىٰ موضع كذا ، فهـٰذا إعلامٌ كافٍ ، وإن لم يقع لذكر الزمان تعرّضٌ .

٥١٩٦ـ ثم التعويل في هـٰذا السبيل علىٰ ذكر المقدار المحمول[١] ، ولإعلامه مسالكُ ذكرها الأصحاب ، ونحن نذكرها علىٰ وجوهها ، ونُتْبع كلَّ وجهٍ بتعليله ، ثم إذا نجزت فصول اكتراء الدواب ، وما ذكره الأصحاب فيها ، جمعنا بعد انقضائها كلاماً ضابطاً ، يحوي مآخذ الكلام، إن شاء الله تعالىٰ .

فمن وجوه الإعلام في[٢] الحُمولة ذكرُ الوزن ، فإذا قال : اكتريت هـٰذه الدابة لأحمّلها مائة مَنٍّ ، إلى الموضع الذي يُسمّيه ، كفىٰ ذلك في الإعلام ، وأجمع الأصحاب علىٰ أنه لا يجب ذكر جنس المحمول ، وإن كان قد يختلف الغرض به ، كما سيأتي شرح الكلام عليه، إن شاء الله تعالىٰ .

ثم قال الأئمة : (٣) إذا ذكر الوزن (٣) ، فله أن يحمّلها مائةَ منٍّ من أي جنسٍ شاء . هـٰذا وجهٌ في الإعلام .

٥١٩٧ـ ومما ذكره الأصحاب في الإعلام معاينة المحمول ، فإذا قال : اكتريت هـٰذه الدابة لأحمّلها هـٰذا ، جاز . اتفق عليه الأصحاب ، وأطبقت عليه الطرق وإن كان العيان لا يبيّن مقدار الوزن ، وإنما يقرّب بعضُ الخواص ، القولَ في وزن ما يعيّنه خرصاً وتخميناً ، والعقد يصح تعويلاً على العِيان فيما يُخرَص ، وفيما لا يُخرَص .

٥١٩٨ـ ومما ذكره الأئمة أن المتاع لو كان في ظرف لم يعايِن جنسَه/ ، فشاله[٤] المُكري باليد ، كفىٰ ذلك في الإعلام ، إذ الشَّيْلُ في الوزن أقرب إلى العِيان ، فإذا كفى العيان ، كفى الشَّيْلُ ، والتقريب المستفاد منه . أما إذا لم يعايَن المتاع في الظَّرْف ،

١٣٨ ش

---

(١) (د١) : المعلوم .
(٢) (د١) : أن الحمولة .
(٣) ما بين القوسين ساقط من (د١) .
(٤) شاله : أي رفعه ، فهي من العامي الفصيح . (المعجم) .

ولم يُشَلْ ، فلا يصح العقد ؛ فإن المحمول مجهولٌ ، لم يتطرّق إليه وجهٌ من الإعلام . ويجوز أن يكون المغطّىٰ بظرفه شيئاً خفيفَ الجنس ، ويجوز أن يكون حديداً ، أو تبراً.

هـٰذا بيان إعلام المحمول فيما ذكره الأصحاب .

٥١٩٩ـ ثم قالوا : إن قال : استأجرت هـٰذه الدابة لأحملها مائة (١) منّ من الحديد ، لم يتعين الحديد ، بل كل ما يشابهه في الرزانة والاكتناز ، فهو بمثابته ، فإذا قال : أحملها مائة منّ من الحديد ، لم يتعين الحديد ، فله أن يحملها النحاس والرصاص والتبر ؛ فإن هـٰذه الأجناس متقاربة ، ولو أراد أن يحملها مائة منّ من التبن لم يكن له ذلك ؛ وكذلك لو عين التبن ، فقال : أحمّلها مائة (١) منّ من التبن ، فله أن يُحمّلها مائة منّ من القطن ؛ فإنه في معنى التبن ، وليس له أن يحمّلها مائة منّ من الحديد .

والسبب فيه أن كلّ واحدٍ من الحديد والتبن فيه نوع من الضرر لا يمكن دفعه ، أما الحديد، فإنه باكتنازه ، وثقله يَلْقَىٰ موضعاً من الدابة ، [فيهدّ][٢] ذلك الموضع ، ويدقه ، وقد يُقرّحه .

وفي حمل التبن ضرر آخر ؛ فإنه [يغمّ][٣] الدابة ويعمّها ويحوي جملتَها ، فإذا وقع [تعيين][٤] في أحد هـٰذين الجنسين ، لم يكن للمكتري أن يبدله بالجنس الآخر . ولوقال أُحمّل الدابة مائةَ مَنّ من الحنطة ، فله أن يحمّلها مائةً منّ من الشعير ، وكذلك عكسه ؛ لأنه لا يتفاوت الأمر ، وهـٰذا لائح ، لا إشكال فيه .

وإنما نذكر الآن المسائل مرسلةً، وسيأتي ضابطها في آخر الفصل، إن شاء الله تعالىٰ .

٥٢٠٠ـ ومما ذكره الأئمة في ذلك أنه لو قال المستأجر : أحمّلها مائة مَنّ ، فالظرف

---

(١) ما بين القوسين سقط من (د١) .
(٢) في الأصل : فيمد .
(٣) في الأصل ، كما في (د١) : يعمّ . والمثبت تقدير منا لتحقيق التغاير بين المعطوف والمعطوف عليه ، وغمّ الشيء غطاه (المعجم) .
(٤) ساقطة من الأصل .

محسوبٌ في المائة ، ولو قال : أحمّلها مائة مَنٍّ مِن الحنطة، فالظرف زائد على المائة المنّ ؛ فإن الحنطة التي ذكر وزنها لا يتأتىٰ حملُها إلا في ظرف .

ثم لا بد وأن يكون الظرف معلوماً ، إما بالمعاينة ، وإما بالوصف ، ثم من ضرورة الوصف التعرض لوزنه ، وإن جرت الإجارة في موضعٍ لا يتفاوت الظروف فيه ، كالغرائر الحبليّة[1] التي تُنسج علىٰ منوالٍ واحد ، فالعرف المقترن بالعقد كافٍ في البيان ، هـٰذا ظاهر المذهب .

ومن أئمتنا من قال : إذا قال : أحمّلها مائةَ منّ ، فالظرف زائد على المائةِ أيضاً ؛ فإن الغالب أن التعرض يقع للمحمول في الظَّرف ، وإن لم يقع التنصيص علىٰ جنسه . [فقوله : أحمّلها مائة منّ ، كقوله : أحملها مائة مَنّ من الحنطة][2] . وهـٰذا محتمل . وظاهر المذهب ما قدّمناه .

ثم سيأتي في الظروف وأنها على المكري أو على المكتري فصلٌ منفردٌ، إن شاء الله عز وجل .

٥٢٠١ـ وما ذكرناه فيه إذا كانت الإجارة/ واردةً علىٰ عين الدابة . فأما إذا أورد الاكتراء على الذمة بحمل الحُمولة ، فلا يجب فيها وصف الدابة والتعرض لها ؛ ويكفي أن يقول للمستأجر : ألزمت ذمتك نقل مائة منٍّ من الحنطة إلىٰ موضع كذا ، وإنما لم نوجب التعرضَ للدابة ؛ لأن المقصود لا يتفاوت في نقل الحُمولة بتفاوت الدواب ، وليس كما إذا كان المقصود الركوب ؛ فإن الغرض الأظهر يتعلّق بصفة المركوب ، فلو ذكر المكتري دابةً ووصفها ، ولم يعيّنها ، والمقصود نقل الحُمولة ، فلا بأس أيضاً ، وقد يكون له في وصف الدابة غرضٌ .

١٣٩ ي

---

(١) الحبلية : نسبة إلىٰ (الحبْل) اسم موضع بالبصرة ، أو إلىٰ قرية من قرىٰ عسقلان اسمها : (حبْلة) . أو إلىٰ (الحَبْل) الذي منه مادتها . كل ذلك مُحتمل ، فلم أصل فيما راجعت من أسماء المواضع والبلدان ، ومعاجم الألفاظ والأنساب ، ما يقطع بواحدٍ من هـٰذه . والله أعلم .

(٢) المثبت بين المعقفين عبارة (د١) ، وعبارة الأصل : « وإن لم يقع التنصيص علىٰ جنسه بقوله : أحملها مائة منّ من الحنطة » .

٥٢٠٢ـ فخرج مما ذكرناه أن الكراء الواقع في الذمة لنقل الحُمولة يفرض علىٰ وجهين : **أحدهما** ـ الاقتصار علىٰ إلزام الذمة من غير ذكر مركوب . **والثاني** ـ التعرضُ لمركوبٍ ، ووصفُه ، وكلا الوجهين جائزان .

وإن كان المقصود الركوب ، فلا بد من التعرض لمركوب كما ذكرناه .

٥٢٠٣ـ **قال القاضي** : إذا كان المحمول شيئاً يُخاف انكساره ، وكان مما يتأثر بالحركة العنيفة ، فلا بد من التعرض للدابة ، كالزجاج وما في معناه ، فلا يصح فيما هـٰذا سبيله إطلاق الإلزام في الذمة ، حتىٰ يذكر الدابة ، وهـٰذا الذي ذكر حسنٌ ، وهو مفروض فيه إذا أشار إلى المحمول ، وهو زجاج ، أو ما في معناه ، أو ذكره .

فأما إذا جعل عماد العقد الوزنَ ، ونوىٰ حملَ الزجاج ، وأضمره ، وما ذكره ، وما أظهره ، فلا يجب التعرّض للدابة ، والحالة هـٰذه .

٥٢٠٤ـ فأما الاكتراء للاستقاء ، فإنه ينقسم أيضاً إلىٰ ما يرد علىٰ عين الدابة وإلىٰ ما يرد على الذمة .

فأما الإجارة الواردة علىٰ عين الدابة ، فهي أن يقول : اكتريت هـٰذه الدابة لأستقي بها ، وهـٰذا يستدعي الإعلامَ ، وله **وجهان** : **أحدهما** ـ أن يتعرض للزمان ، فيقول : أستقي بها في هـٰذا اليوم ،فهـٰذا ضبطٌ[1] ، ولا بد معه من ذكر الدار التي يقع بها الاستقاء ، والبئر التي يقع منها الاستقاء ، وهـٰذا يناظر قولنا في نقل الحُمولة : إنه إذا ذكر زماناً ينقل فيه حُمولةً من الخان إلى المنزل ، فلا بد من ذكر مقدار ما تحمل الدابة كلَّ مرة ، كذلك لا بدّ هاهنا من ذكر الدلو ، والبئر ، ولا يخفى اختلافُ الغرض فيما ذكرناه .

هـٰذا وجهٌ في الإعلام .

والوجه الثاني ـ في الإعلام أن لا يتعرض للمدة ، ويُبيّن العملَ ، فيقول : اكتريت هـٰذه الدابة لأستقي من هـٰذه البئر كذا وكذا دلواً إذا أشار إلىٰ دَلو وعيّنه ، ولو وصفه ،

---

(١) (د١) : إعلام .

ووصف البئر ، وعمقها ، كان الوصف كالتعيين ، بل هو أبلغ في إفادة الإعلام من التعيين .

٥٢٠٥ـ وأما الكراء الواقع على الذمة في هـٰذا القسم ، فإنه ينقسم انقسام الاكتراء الواقع على الذمة في نقل الحُمولة ، فيجوز إيراده على الذمة/ المطلقة ، من غير تعرُّضٍ للدابة ، ولا بد من إعلام البئر والدَّلْو ، إن كان التعويل علىٰ عدد الدِّلاء . وإن أراد المكتري التعرضَ لدابة يصفها، يقع بها الاستقاء ، فله ذلك ، كما قدمناه في نقل الحمولة .

١٣٩ ش

٥٢٠٦ـ فأما الاستئجار للحرث ، فينقسم إلى العين ، والذمة ، فأما الإجارة الواردة على العين، ففيها الإعلامان المذكوران قبلُ في المسائل : **أحدهما ـ** يشتمل علىٰ ذكر الزمان ، فيقول : اكتريت منك هـٰذه الدابة لأحرث بها اليومَ ، ولا بد من وصف الأرض ، أو الإشارة إليها ، فإن أشار إليها ، كفت الإشارة ، والتعيينُ إذا كان يُطلع بالإشارة علىٰ صفة الأرض ، فقد تكون الأرض مُتستِّرة بترابٍ حُرّ ووراءه الحجرُ والرمل[١] .

وإن اعتمد الوصفَ ، ولم يعيّن الأرضَ ، قال : إنها خصبة ، أو سهلية ، أو جبلية ، أو صلبة، أو خوارة ، [جاز][٢] .

والغرض يختلف بهـٰذا اختلافاً ظاهراً . وإن لم يُرد أن يذكر الزمان ، فعيّن الدابة ، وأعلم العمل بالإشارة إلى الأرض ، أو بذكر أرضٍ موصوفةٍ ، فذلك جائز ، كما تقدم .

٥٢٠٧ـ والاكتراء على الذمة في الحراثة ينقسم ، كما تقدم في الاستقاء ، ونقل الحُمولة ؛ فلا يمتنع إلزام الحرث في الأرض المعيّنة ، أو الموصوفة في الذمة . وإذا كان المكتري لا يُجري ذكرَ البهيمة ، ذَكَرَ مساحةَ الأرض، والمنتهى الذي يبغيه في التكريب[٣] ، والتقليب ، والحرث ، فلا بد من وصف الأرض كما تقدم .

---

(١) (د١) : والوصف .

(٢) ساقطة من الأصل .

(٣) التكريب : هو تقليب الأرض ، وزناً ومعنىً . (المصباح) .

وإن أراد التعرضَ للدابة التي يقع الحرث بها ، فيجب الاعتناء بوصف الدابة ، وذكر جنسها ؛ فإن الغرض يختلف بذلك اختلافاً بيناً .

٥٢٠٨ـ [فهٰذه جهات الأغراض][١] في اكتراء الدواب وبيان الإعلام في المطلوب من كل فن ، وإيضاح انقسام الإجارة إلىٰ ما يرد على العين ، أو على الذمة ، وقد ضمّنّا الكلامَ انقسامَ الإعلام ، وانقسامَ كراء الذمة .

ونحن نرسم بعد ذلك فصولاً متصلةً بالأصول التي مهدناها ، ثم نذكر بعد نجازها الضابط الموعود .

فصل

فيما على المكري والمكتري من الآلات في تحصيل الأغراض التي قدمنا ذكرها .

٥٢٠٩ـ فإن كانت الإجارة واردةً على العين ، وكانت مطلقة ، فالإكافُ والحزامُ[٢] والبرذعة والخِشاش[٣] ، أو البُرَةُ[٤] ، والخطامُ في البعير ، كل ذلك على المكري [إذا][٥] جرت الإجارةُ مطلقةً واردةً علىٰ عين الدابة ، والمعوّل فيما ذكرناه على العرف الغالب ؛ فإن مطرد العرف يقضي بكون هٰذه الآلات على المكري .

ي ١٤٠ واختلف أصحابنا في السرج والدابةُ/ معينة للركوب ، فمنهم من قال : يأتي به المكري قياساً على الإكاف ، ومنهم من قال : يأتي به المستأجر ، بخلاف الإكاف . والتعويلُ في ذلك على العادة ، وأنها في السرج تجري علىٰ خلاف حكمها في الإكاف ، والمتبع في الخلاف والوفاق العرفُ ، كما سنصفه، إن شاء الله تعالىٰ .

---

(١) عبارة الأصل : هٰذه الأغراض في اكتراء الدواب .
(٢) في الأصل ، كما في (د١) : الحرام بالإهمال للراء .
(٣) الخِشاش : بكسر الخاء عود يجعل في أنف البعير يشدّ به الزمام . يقال : خشَّ البعيرَ إذا جعل في أنفه الخشاش . (المعجم) .
(٤) البرةُ : حلقةٌ من صُفرٍ (نحاسٍ) أو غيره تجعل في أحد جانبي أنف البعير للتذليل . (المعجم) .
(٥) في الأصل : أو .

٥٢١٠ـ وأما الظروف التي فيها نقل الحُمولة ، فإن كانت الإجارة واردةً علىٰ عين الدابة ، فهي على المكتري ، وليس علىٰ مُكري الدابة إلا تسليمُها ، مع الإكاف ، وغيره ، مما وصفناه .

وإن كانت الإجارة واردةً على الذمة في نقل الحُمولة ، فقال الملتزم : التزمتُ نقلَ متاعك إلىٰ موضع كذا ، فالظرف على المكري الملتزم ؛ فإنه إذا التزم النقلَ مطلقاً ، فقد التزم التسبب إلىٰ تحصيل الآلات التي يقع النقلُ بها .

٥٢١١ـ وإن كان الاكتراء للاستسقاء ، فقد **قال القاضي** : إن كان الرجل معروفاً بالاستقاء بجمل نفسه ، ودَلْو نفسه ، فمطلق التزام الاستقاء يلزمه الإتيان بالدَّلو والرِّشا . وإن لم يكن المكري معروفاً باعتياد ذلك ، فليس عليه إلا الإتيانُ بدابةٍ صالحةٍ للاستقاء .

ويتجه عندنا في ذلك ضربٌ من التفصيل ، فنقول : إن لم يقع التعرض للدابة ، وإنما اعتمد العقدُ الالتزامَ المطلق في تحصيل الغرض ، فالظرفُ ، والدَّلو ، والرِّشا ، وما عداها من الآلات ، التي تمس الحاجةُ إليها ـ على المكري الملتزم .

وإن وقع التعرضُ للدابة ووصفها ، فالأمر يختلف وراء ذلك بالعادة ، فإن اطّردت عادةُ الناحيةِ بأن يأتي الملتزم بالآلات ، فعليه الإتيان بها ، وهي تنزل منزلة الإكاف ، وما في معناه ، وإن جرت العادة بأن المكتري يأتي بالظروف والآلات ، فليس على المكري الإتيان بها .

٥٢١٢ـ وإن اضطربت العادات ، والإجارةُ واردةٌ على الذمة ، وقد وقع التعرض للدابة وصفتها ، فالمسألة محتملة : يجوز أن يقال : [على المكتري][1] الظروفُ والآلات ؛ فإن الاعتماد على الدابة والإتيان بها ، ويجوز أن يقال : إنها على الملتزم المكري ، فإنه التزم النقلَ ، فأشعر التزامُه بالتزام الأسباب التي لا بد منها في النقل .

ثم يتصل بهـٰذا المنتهىٰ أن العادة إذا اضطربت ، ورأينا اتباع العادة ، فهل يبطل العقدُ لاضطراب العادة ، حتىٰ يقال : لا بد من التقييد ، حتىٰ لا يقعَ العقدُ في

(١) في الأصل : ليس على المكري .

مضطرب العادة ؟ أم لا حاجةَ إلىٰ ذلك ، ويرجع إلىٰ صيغة اللفظ[1] ومقتضاها ؟ [فيه][2] خلاف قدمته .

ش ١٤٠ ولا خلاف/ بعد تقدير ذلك أنه لو خصص العقد بالدابة ، ونفى التزام الإتيان بالآلات فينعقد العقد علىٰ حسب ذلك ، حتىٰ قال الأصحاب : ولو قال : أكريتك هـٰذه الدابةَ العاريةَ ، بلا إكافٍ وحزام وبرذعة ، فالإجارة تنعقد علىٰ هـٰذا الوجه ، وينقطع اتباع العادة .

٥٢١٣ـ ولا خلاف أن المكتري إذا كان يركب المَحْمِل ، فعليه الإتيان بالمَحْمِل ، والمظلة والغطاء ، وما يفرش في المحمل والحبل الذي يُشدّ به أحدُ المحملين إلى الآخر ، والذي يشد به المحمل على الدابة . هـٰذه الأشياء بجملتها ، يأتي بها المكتري ، إلا أن يشترطها على المكري .

٥٢١٤ـ وإن مست الحاجةُ إلىٰ سائقٍ يسوق، وإلىٰ هادٍ دالٍّ يدل ، فإن كانت الإجارة واردةً على العين ، فليس على المكري إلا تسليم الدابة .

وإن كانت الإجارةُ واردةً على الذمة ، فالتفصيل في أجرة السائق والهادي ، كالتفصيل في الإتيان بالظرف ، وقد بينا ذلك .

فصل

٥٢١٥ـ قد ذكرنا في قاعدة المذهب أن المَحْمِل لا بد وأن يكون معلوماً للمكري ، وأوضحنا طريقَ الإعلام فيه ، ونحن نذكر الآن تفصيلَ القول في المعاليق التي يُعلّقها المكري كالسفرة[3] ، والقُمقُمة[4] ، والمِطهرة[5] ، ونحوها .

---

(١) (د١) : العقد .
(٢) في الأصل : ففيه ، ومطموسة في (د١) .
(٣) السفرة : طعام يصنع للمسافر ، وسميت الجلدة التي يوعىٰ فيها الطعام سفرةً مجازاً ، والجمع سُفر ، مثل غرفة وغرَف . (المصباح) .
(٤) القُمقمة : وعاء من صفر (نحاس) له عروتان ، يستصحبه المسافر . (مصباح) .
(٥) المطهرة : الإداوة ، وهي إناء صغير يحمل فيه الماء (المعجم ، والمصباح) .

٥٢١٦ـ فأول ما نذكره فيها أنها إن أُعلمت وصفاً ، أو تعييناً ، فلا كلام ، وإن أُطلقت ، قال **الشافعي** : القياس أن إطلاقها فاسدٌ مفسد ؛ فإنه لا بيان فيها ، ولا ثبت يُرجَع إليه ، وهي مذكورة في العقد على الجهالة . قال : ومن الناس من يقول : يصح العقد ، والرجوع إلىٰ ما يراه الناس وسطاً مقتصداً .

هـٰذا كلام **الشافعي** .

٥٢١٧ـ واختلف أصحابنا ، فمنهم من قال : هـٰذا الذي ذكره **الشافعي** ترديدُ قولٍ منه ، ففي المسألة **قولان** : **أظهرهما** ـ أن العقد لا يصح للجهل ، كما قررناه .

والثاني ـ أن العقد يصحّ ، ويحمل الأمرُ علىٰ ما يراه أهل العرف قريباً مقتصداً في المعاليق .

ومن أئمتنا من قال : لا يصح العقد قولاً واحداً ؛ لما قدمناه من ظهور الجهالة ، فالمذهب الآخر حكاه **الشافعي** عن بعضِ الناس ، فلا يُلحق بمذهبه .

٥٢١٨ـ وفي **بعض التصانيف**[1] أن المَحْمِل إذا أطلق ، ولم يقرن ببيانٍ من طريق الوصف ، ولا من طريق العيان ، فهو كالمعاليق حتىٰ يُخرَّجَ فيها الطريقان . وهـٰذا غلطٌ لا تعويل عليه ، لم أره إلا في هـٰذا التصنيف ، وليس المَحْمِل كالمعاليق ؛ فإنه من الأمور المقصودة ، ولا يعد من التوابع في الإجارة ، فإبهامه كإبهام/ الحُمولة . ١٤١ ي

٥٢١٩ـ وإذا أجرينا القولين في المعاليق ، وهي الطريقة المشهورة ، ثم فرّعنا عليها ، وقلنا بصحة العقد ، وتنزيل المعاليق على المعتاد ، فلو لم يذكر المعاليقَ أصلاً ، فعلىٰ هـٰذا القول **وجهان** : **أحدهما** ـ أن المكتري[2] لا يحمل المعاليق ؛ فإنه لم يجر لها ذكر . ومن الناس من لا معاليق له .

ومنهم من قال : يقبل من المكتري المعاليق ، ويحمل علىٰ قضية الاعتياد ، كما ذكرناه .

---

(١) يقصد ببعض التصانيف ، كتب الإمام أبي القاسم الفوراني ، فهو كثِّير الحط عليه ، وتغليطه . وقد سبقت الإشارة إلىٰ ذلك مراراً .

(٢) في (د١) : «المكري» .

٥٢٢٠ـ ومما يتصل بما نحن فيه ، أن من اكترىٰ دابة ليحمّلها حُمولةً تستقلّ الدابة بها فحسب ، ولا يتأتىٰ ركوبها ، فلا معاليق في مثل ذلك ، وإنما [المعاليق][1] للدابة التي يركبها المكتري . وهٰذا بيّن متفق عليه .

ولا شك أن المعاليق تختلف باختلاف المركوب، فمعاليق الحمار دون معاليق البعير .

٥٢٢١ـ وألحق أئمتنا السُّفرةَ بالمعاليق . فأما حمل طعامٍ فيها ، فقد اختلف الأصحاب فيه ، فمنهم من ألحقه بالمعاليق ، ورد الأمر في مقداره إلى الاقتصاد في العادة .

ومنهم من لم يُثبت حملَ الطعام إلا مبيناً مُقدَّراً ؛ فإن التقدير فيه متيسّرٌ غيرُ بعيدٍ عن العادة ، فأما وزن القماقم [والإداوات][2] ، فممَّا لا يُعتاد أصلاً ، ويُبنى الأمر فيه على التسامح والتساهل .

فإن قلنا : لا بد من ذكر مقدار الطعام المحمول ، فهو مما يؤكل في كل محط ومنزل .

٥٢٢٢ـ فإذا وقع التشاوط علىٰ حمل عشرين مَنّاً من الطعام ، فقد **قال الشافعي** : القياسُ [أن له إبدال][3] ما يفنىٰ من الزاد .

والتفصيل فيه أن المكتري إن أكل الطعام المحمولَ ، فالمذهب أن له أن يأخذ مثل ذلك الطعام ، وأبعدَ بعضُ أصحابنا فيما نقله **بعضُ المصنفين** ، فقال : ليس للمكتري أن يحمل طعاماً جديداً ، إذا فني ما حمله أولاً ؛ فإن المكري إنما يسامح في حمله بناء علىٰ أنه يؤكل ويَفْنَىٰ ، ثم المكتري يشتري في كل مرحلةٍ قدرَ حاجته .

وهٰذا وجه مزيّفٌ ، لا أعدّه من المذهب . وقد قطع الأئمة بأن الطعام إذا فَني ، أخذ المكتري مثلَه .

---

(١) في الأصل : المعلاق .
(٢) في الأصل : الإداوة .
(٣) في الأصل : أن يبدل .

٥٢٢٣ـ والمسائل مفروضة فيه . إذا قال المكتري : أحمل عشرين منّاً من الطعام ،فهـٰذا اللفظ يشعر باستدامة حمل هـٰذا المقدار ، والعادةُ جاريةٌ بين المسافرين ، بأن حَشْو السفرة إذا فني أعادوا مثله ، وإذا تطابق اللفظ والعرف ، فلا وجه لمخالفتهما .

نعم . محلّ تردد الأصحاب ما نصفه .

قالوا : إذا نفذ جميعُ الزاد ، فله حملُ مثله ، وإن انتقص، فهل له أن يُكمل المقدارَ المذكورَ كلما انتقص ، أم ليس له ذلك ، حتىٰ ينفد الزاد ؟ فعلىٰ **قولين** : **أصحهما** ـ وهو اختيار **المزني**/ أنه يزيد كلّما نقص ، كما أن الحمولة المقصودة لو نقص شيء منها بسببٍ ، فإن المكتري يُكملُها ويردّها إلى المقدار المشروط ، فكذلك الزاد المشروط . ١٤١ ش

والقول الثاني ـ أنه لا يكمل ما نقص ؛ لأن العادة في الزاد أنه لا يشتري منه ما لم يَفْنِ الأول .

٥٢٢٤ـ ثم موضع التردد والخلاف فيه إذا كان في المراحل المستقلة زادٌ بأسعارٍ راخية . فإن لم يكن فيها زادٌ ، أو كان ، ولـٰكن بسعرٍ عالٍ زائد علىٰ سعر المنزل ، الذي اتفق فيه نقصانُ الزاد ، فيجوز الإبدال في هـٰذه المنازل ، قولاً واحداً ؛ فإن اللفظ في تقدير الزاد مشعرٌ بهـٰذا ، والعادةُ مطردة ، موافقةٌ ، ثم تحقق القحط[1] والغلاء كما ذكرناه ، والظن فيه والاستشعار بمثابة التحقق ، وهـٰذا معلوم في العادة .

٥٢٢٥ـ ومن تمام البيان في ذلك أن المسائل التي حكينا النصَّ ، وتردُّدَ الأصحاب فيها في إبدال الزاد وجَبْر النقصان مصوّرةٌ فيه إذا ذكر المكتري أنه يحمل خمسين منّاً من الزاد مثلاً ، فإن لم يجر للزاد ذكرٌ ، والطعام موجود ، فالذي عليه التعويل أن المكتري لا يحمل شيئاً ، وليس القول في ذلك كالقول في المعاليق ؛ فإن المسافر لا يخلو عن المعاليق ، والعادات مضطربة في حمل الطعام ، إذا كان موجوداً في المنازل .

وأبعد بعضُ أصحابنا كما قدمنا ، فألحق حملَ الطعام بالمعالِيق .

---

(١) (د١) : تحقيق العقد .

فإن فرعنا علىٰ هـٰذا الوجه الضعيف ، وجوزنا له أن يحمل مقداراً من الطعام ، ورجعنا فيه إلىٰ عادة المسافرين ، فالظاهر في التفريع علىٰ هـٰذا المنتهىٰ أنه إذا نقص شيء من الطعام ، لم يجبره ؛ فإن المعتمد في المسائل المتقدمة أن المكتري ذكر مقداراً من الزاد ، فاقتضى اللفظُ استدامةَ ذلك المقدار ، فإذا لم يجر ذكرُ مقدارٍ ، ووقع التعويل على العادة المجردة ، فالعادة تقتضي أن الطعام لا يزاد كلما نقص .

٥٢٢٦ـ وذكر بعض الأصحاب وجهاً بعيداً في جواز الزيادة ، وهـٰذا علىٰ نهاية الضعف ؛ فإنه تفريع ضعيف علىٰ أصلٍ ضعيفٍ . نعم، إذا لم يكن بين يدي المسافر طعام في المنازل ، أو كان ولـٰكن بسعر زائد ، فالعادة تقتضي الاستظهار بالزاد ، ويعود الكلام الآن إلى المقدار ، وفيه جهالة ، فيتصل ترتيب المذهب في هـٰذا المقام بالمعاليق ؛ فإنها معتادة محمولة . هـٰذا منتهى البيان في ذلك .

فصل

ي ١٤٢ **قال : « وإن أكراه إلىٰ مكة ، فشرط سيراً معلوماً ، فهو أصح/ . . . إلىٰ آخره »**[١] .

٥٢٢٧ـ إذا اكترىٰ دابةً ليركبها ، أو يُحمّلها إلىٰ موضعٍ مخصوص ، فإن ذكرا قدرَ السير كلَّ يوم ، وأبانا أنهما يسيران خمسة فراسخ ، أو أقلَّ ، أو أكثر علىٰ ما يتوافقان عليه ، وكانت الدابة تحتمل ذلك ، فالشرط متبع .

وإن لم يذكرا مقدار السير ، وأطلقا العقدَ ، نُظر : فإن لم[٢] يكن في الطريق مراحلُ معلومةٌ ، كطريق **سماوة**[٣] ، **وتبوك** ، فالمذهبُ الصحيح أن العقد يفسد ؛ فإن المقصود فيه مجهولٌ ، غيرُ متقيّد بلفظٍ ، ولا عادة . ومن أصحابنا من صحح الإجارة، وتشوّف إلىٰ ضبط السير بالزمان ، مع الاقتصاد في المسير .

---

(١) ر . المختصر : ٣/ ٨٣ .
(٢) (د١) : فإن كان .
(٣) السماوة : بادية السماوة بين الكوفة والشام .

فإن كان في الطريق مراحل معلومة ، بالمناهل والرباطات ، والقُرىٰ ، أو بالأميال ، والبُرُدُ والصُّوىٰ[١] ، فالعقد صحيح محمول علىٰ موجب العادة والكلام في كيفية تسيير الدابة استحثاثاً وتزجيةً ، مردودٌ إلى العادة ، وهو مضبوطٌ ، لا يعدّ من المجاهيل ، فإذا تقيّد المسير بالعرف ، والمراحل المرتبة في الطريق ، فلا مزيد ولا نقصان إلا عن تراضٍ من المكري والمكتري .

٥٢٢٨ـ ومما يتعلق بما نحن فيه الكلامُ في زمان السير والسُّرَىٰ[٢] ، فإن بيّناه شرطاً في العقد ، اتّبعناه ، وإن أعرضا عن ذكر الزمان ، وأطلقا العقدَ ، فالعادة يُكتفَىٰ بها في ذلك ، فنحملها إذا تنازعا في زمان المسير على المعتاد في ذلك الطريق ، فإن لم يكن للعادة ضبطٌ في الزمان الذي يقدّر السير فيه ،فهـٰذا يجرّ جهالةً مفسدةً ؛ من جهة أن المتعاقدَيْن إذا تنازعا ، وليس أحدهما بالموافقة بأولىٰ[٣] من الثاني ، فيؤدي مثلُ هـٰذا إلىٰ قيام الخصومة ناشئةً بينهما ، لا نجد لها مفصلاً . وهـٰذا غير مُحتمل .

٥٢٢٩ـ ولو تنازع المكري والمكتري في محل النزول ، فطلب المكري النزولَ في الصحراء بارزاً من القرية وخِطّتها ، ورأىٰ صاحب المتاع النزولَ في القرية احتياطاً لمتاعه ، وليشتري في القرية ما يبغيه علىٰ يُسر ، فإذا تنازعا كذلك ، حملناهما على العادة ، فإن كان وقت أمنٍ ، فالعادة النزول في الصحارىٰ ، وإن كان وقت خوف ، فالعادة النزول في القرىٰ ، ومما يؤثر في ذلك الصيفُ والشتاءُ ، والعادة هي المتبعة .

وإن اضطربت العادة في محل النزول ، ولم نجد منها بيّناً[٤] بعَيْنه نتَّبعه ، ففي المسألة احتمال ، والأظهر أن ذلك يؤثر في الفساد ؛ فإنه يجرّ نزاعاً عظيماً بين المكري والمكتري .

---

(١) الصوىٰ : جمعُ صُوّة ، وهي العَلَم من الحجارة المنصوبة في الطريق ، وزان مُدية ومُدًىٰ (المصباح) .

(٢) السُّرىٰ : سيرُ عامة الليل (يذكّر ويؤنّث) وفي المثل : « وعند الصباح يحمد القومُ السُّرىٰ » (المعجم) .

(٣) (د١) : بالموافقة منها أولىٰ . . .

(٤) كذا في النسختين . ولعلها : شيئاً .

٥٢٣٠ـ ومما يتصل بذلك أن المكتري الراكب قد ينزل بالرواح ، ويمشي مقداراً ، فإن وقع فيه شرط على المكتري، فقد قال الأصحاب : يلزمه اتباعُ ذلك الشرط ، وهـٰذا يعترض فيه إشكال ، وهو أنه إذا قُدّر ذلك/ مستحقاً ، رجع استحقاق الركوب إلىٰ بعض المسافة ، وينقطع الأمر فيه ، ويقع في تفريع كراء [العُقَب][1] ، وقد تَفَصَّل ذلك فيما مضىٰ .

ش ١٤٢

وذهب طوائف من أصحابنا إلى احتمال هـٰذا القدر ـ وإن منعنا كراء [العُقَب][2] ـ بناءً على التساهل ، وهـٰذا إنما يحسن إذا لم يكن النزول محتوماً .

هـٰذا إذا جرىٰ شرطُ النزول ، فإن لم يَجْرِ ، فقد ذكر الأصحابُ وجهين : **أقيسهما** ـ أنه لا يلزمه النزول ؛ فإنّ لفظَ الاكتراء للركوب يقتضي استدامةَ الركوب ، فالتعلق بموجب اللفظ أولىٰ .

والوجه الثاني ـ أنه يلزمه النزول ، ولفظ العقد ينزل على العادة . وهـٰذا مزيّفٌ ؛ فإن العادة لا تقضي بإلزام النزول ، بل هي جاريةٌ بالتبرع بالنزول ، ثم قرّبَ **القاضي** الوجهين في هـٰذا المقام من القولين في المعاليق ؛ فإن تفصيل المذهب فيها دائر على اللفظ والعادة، كما تقدم .

فَصْلٌ

قال : « وعليه أن يُركِبَ المرأة ، ويُنزلَها عن البعير ، والبعيرُ بارك . . . إلىٰ آخره »[3] .

٥٢٣١ـ قال الأئمة : إن كانت الإجارة واردةً على العين ، فلا يلزم مالك الدابة الإركاب ، والإنزال وإناخة البعير ، وإنما عليه تسليمُ الدابة المعيّنة .

وإن كان العقدُ وارداً على الذمة ، وقد التزم المُكري تبليغَ الراكب المنزلَ المعيّنَ ،

---

(١) في الأصل : العُقبة ، وهي مفرد العقب ، وقد مرّ شرحها آنفاً .
(٢) في الأصل : العقبة .
(٣) ر . المختصر : ٣/ ٨٤ .

فالذي ذهب إليه **الجمهور** أنه يجب على المُكري إعانة الراكب إن كان عاجزاً ، فيُركب المرأة ، ويرعىٰ حدَّ الشرع ، وموجب الدين في إركابها . وكذلك القول في الشيخ الهِمِّ[1] ، والمريضِ والصبي ، ويجب إناخة البعير لهـٰؤلاء ، أما الشاب القوي القادر علىٰ أن يركب بنفسه ، لا يجب إعانته ، ولا يجب إناخة البعير له ، إذا قدر علىٰ أن يَركب بنفسه ، والبعير قائم .

هـٰذا الذي ذكرناه يجب القطع به ؛ فإن الإجارة إذا وردت على الذمة ؛ فمعتمدها تبليغُ المكري الراكبَ الموضعَ المعيَّنَ ، وهـٰذا يتضمن ـ لا محالة ـ الإعانةَ عند العجز .

٥٢٣٢ـ وفصل **شرذمة من الأصحاب** بين أن يقع التعويلُ في إجارة الذمة على التبليغ ، ويجري ذكر الدابة تبعاً ، مثل أن يقول : ألزمت ذمتك أن تبلغني الموضعَ المسمّىٰ ، علىٰ دابةٍ صفتُها كذا وكذا ، فإن كان كذلك ، وجبت الإعانة ، وبين أن يقع التعويل على الدابة ، علىٰ صيغة الإيقاع في الذمة ، مثل أن يقول : ألزمت ذمتك منفعة دابةٍ صفتها كذا وكذا .

وهـٰذا الفصل فقيهٌ لا بأس به . والمشهورُ إيجاب الإعانة في إجارة الذمة كيف فرضت ؛ وذلك لأنّ إجارة الذمة لا بد فيها من التعرض/ للدابة ، إذا كان المقصود الركوب ، فلا يختلف الأمر باختلاف الصيغ . ١٤٣ ي

٥٢٣٣ـ وذكر **بعض المصنفين** وجهاً بعيداً في أن الإجارةَ إذا وردت علىٰ عين الدابة ، وجبت الإعانة فيها على الركوب ، وهـٰذا علىٰ بعده معتضدٌ بالعادة بعضَ الاعتضاد ، وللعادة وقعٌ عظيمٌ في أمثال ذلك .

٥٢٣٤ـ ومما يتصل بما نحن فيه حملُ الحُمولةِ على الدابة وحطُّها في المنزل . وقد ألحق **القياسون** ذلك بالإعانة على الركوب . وقد تفصّل المذهب فيه .

وذهب آخرون إلىٰ أن الإعانة على الحطّ والترحال مستحقةٌ لعموم العادة فيها ، من

---

(١) الهِمّ : الشيخ الفاني . (المصباح) .

غير فرقٍ بين إجارة العين والذمة ، بخلاف الإعانة على الركوب ؛ فإن التعويل على العادة ، وهي مطردة في الحط والترحال ، وإن اضطربت في الركوب والإعانة عليه .

٥٢٣٥ـ ثم قال **العراقيون** تفريعاً علىٰ هـٰذا : رفعُ المَحْمِل ، وحطُّه على المكري ، وشدُّ[١] أحدِ المحملين إلى الثاني على الرسم في مثله في ابتداء السفر ـ فيه **وجهان** : **أحدهما** ـ أنه على المكري ؛ فإنه من تمام الترحال ، وقد عمت العادةُ به .

والوجه الثاني ـ أن ذلك على المكتري ؛ فإنه بمثابة ضمّ المتاع بعضِه إلىٰ بعض ، وتنضيدُ الأمتعةِ في ظروفها علىٰ مالك المتاع ، فليس على المكري أن يفعل ذلك ، وإنما عليه حطُّها ورحْلُها .

فَصْلٌ

قال : « وينزل الرجل للصلاة . . . إلىٰ آخره »[٢] .

٥٢٣٦ـ قال الأئمة : كلُّ ما يتهيّأ فعلُه على الدابة ، كالأكل والشرب ، وإقامة النافلة ، فالمكري لا يُنزلُ المكتري لأجله ، وكل ما لا يتأتىٰ فعله على الدابة كصلاة الفرض ، وقضاء الحاجة ، والوضوء ، فالمكتري ينزل لأجله ، والمكري هل يُعينه ؟ فيه التفصيل المقدّم في الإعانة ، وتقف الدابة حتىٰ يفرغ . فإذا نزل للصلاة ، لم يعجله المكري ، والمكتري لا يطوّل ولا يبطىء ، بل يصلي علىٰ حقّه وتمامه .

هـٰذا منتهى القواعد والأصول ، في مضمون الباب ، وفيه فصول منتشرة ، يحسبها المبتدىء متفاوتة غيرَ داخلةٍ تحت ربطٍ وضبط ، وهـٰذا أوان الوفاء بما وعدناه في صدر الفصول .

٥٢٣٧ـ فنقول : هـٰذه المسائل بما فيها تدور علىٰ مقتضى اللفظ ، وموجب **العرف** في إفادة الإعلام ، ويتعلق بعضُ أطرافها بتساهلٍ معتادٍ في بعض المقاصد ، فأما النظر في مقتضى الألفاظ ، فلا يكاد يخفىٰ على الفطن ، وأما العادة ، فإنها تنقسم إلىٰ

---

(١) (د١) : وسنذكر أحد المحملين .

(٢) ر . المختصر : ٣/ ٨٤ .

ما يطّرد ، ولا يستراب في اطراده ، وإلىٰ ما يضطرب بعضَ الاضطراب ، فأما العادةُ المطَّردة ، فنعم المرجعُ هي في أمثال هـٰذه المعاملات ، ولها **أثران** : **أحدهما** ـ تقييدُ اللفظ المطلق . وهـٰذا معلوم من أثر العادة ، وبيانُه فيما نحن فيه أن السير إذا أطلق في مسلكٍ فيه/ مراحل ، فليس في اللفظ تقييد في مقدار السير ، ولا في كيفيته ، ولـٰكن العادة المطردةَ تُنزل المعنى المتردد في اللفظ علىٰ وجهٍ واحد ، وهـٰذا بمثابة حمل النقود المطلقة في العقود علىٰ ما يعمّ في المعاملة جريانُه . فهـٰذا أثر في [العادة][1] لا ينكر .

١٤٣ ش

والأثر الثاني ـ أن العادة إذا اقتضت شيئاً ، وليس في لفظ العقد له ذكرٌ ، لا علىٰ إجمال ، ولا علىٰ بيان ، فهـٰذا موضعُ نظر الفقهاء ، ثم ينقسم ، فمنه ما تظهر العادة فيه على اطرادٍ ، كالإعانة علىٰ وضع الحُمولة ورفعها ، في الإجارة الواردة على العين .

ظاهرُ المذهب أن ذلك واجبٌ ، وكأن العادة [نطقت][2] به .

ومن أصحابنا من لم يوجب ذلك ، وقال : أثر العادة في بيان إجمال اللفظ ، فأما أن تقتضي شيئاً لا ذكر له ، فلا .

٥٢٣٨ـ ويلتحق بهـٰذا القسم[3] إيجاب الإتيان بالإكاف ، وما في معناه في إجارة العين ، وهـٰذا متفق عليه ، لاطراد العادة ، ولا يعرف خلافُه . وقد يفرض نزاعٌ على الإعانة في الرفع والخفض .

هـٰذا بيان أثر العادة المطردة .

٥٢٣٩ـ فأما إذا اختلفت العادة ، وحصل الوفاق على اختلافها ، فلا حكم لها . فإن كان اللفظ مستقلاً بإفادة المقصود ، فعليه التعويل . وقول القائل : عادةٌ مضطربة : كلامٌ[4] مضطرب ؛ فإن المضطرب ليس عادة .

---

(١) في الأصل : الفساد .
(٢) في الأصل : قطعت .
(٣) (د١) : الفن .
(٤) خبر، مبتدؤه : وقولُ القائل : عادة مضطربة .

ومن أصحابنا من يقول : إذا اختلفت العادة فيما يتعلق بمقصود العقد ، فلا بد من تقييد لفظ العقد بما يقطع العادة المضطربة .

وقد قدمتُ لهـٰذا نظائرَ في المسائل ، وهو كلام ضعيفٌ ، مزيفٌ عندي ؛ فإن اللفظ إذا كان مستقلاً ، فلا مبالاة بما يضطرب من أحوال الناس .

٥٢٤٠ـ ومما يتعلق بالضوابط في هـٰذا المنتهىٰ أنا قدمنا في صدر الفصول الاكتفاءَ بذكر وزن الحُمولة ، وقد يخطر للناظر أن ذلك مجهول ؛ فإن الغرض يختلف باختلاف الحُمولات ، فالرزينُ منها المكتنز يهُدُّ [الأضلاع][1] ، ويكُدّ ، ويُقرّح ، والمنفوش منها كالتبن والقطن ، يَغُمّ ويَعُمّ . ولـٰكن لم يعتبر الأصحاب ذلك ؛ لأن الضررين يتقاربان[2] ويدنوان من التقابل ، وإنما الذي يجب ذكره ما يظهر غرضاً ، ولو سكت عنه ، لأشكل ، ولم يقابله ما يماثله . فأما التعرض لأعيان الأغراض القريبة من التقابل ، فبعيدٌ اشتراطه ، فليفهم الناظر ذلك .

٥٢٤١ـ وما أجريناه من الاكتفاء بالعِيان في الحمولة والشَّيْل باليد ، فهو من باب التسامح والتساهل . فإذا انتشر المطلوبُ وكثر ، لاقَ به التساهل في بعض الأطراف ؛ سيّما إذا اعتضد بالعرف . وعلىٰ هـٰذا الأصل انبنىٰ كثير من الكلام في أوصاف السَّلَم ، ولما عظمت الأوصاف في الحيوان ، ومست الحاجة إلى السلم ، ازداد التسامح في السلم/ في الحيوان ، علىٰ حسب كثرة أوصافها ، وانتشار الأمر فيها . ي ١٤٤

٥٢٤٢ـ وأما مسائل التردد كالمعاليق ؛ فإنها مأخوذةٌ من عادةٍ جاريةٍ فيها ، مع إبهامٍ ونزاعٍ يُؤلَف في أمثالها ، وعُسرٍ في ضبطها ، ولا ينبغي أن يظن الفقيه أن اختلاف القول من اختلاف العادة ، فإن العادة لو اختلفت ، لأسقطناها وعدنا إلىٰ تحكيم اللفظ .

٥٢٤٣ـ فهـٰذا منتهى الإمكان في ذكر مأخذ الفصول المقدمة ، والتطلع إلىٰ ضبطها . وإنما يصعب مُدركُ أمثالها علىٰ من لا يستمدّ من بحور الأصول ، ولا يغزر حظُّه من مآخذ الشريعة .

---

(١) في الأصل : الأضلاح .

(٢) (د١) : يتفاوتان .

فَصْلٌ

قال : « وإن اختلفا في الرِّحْلة[١] ، رُحِل لا مَكْبوباً ، ولا مستلقياً. . . إلىٰ آخره »[٢] .

٥٢٤٤ـ إذا تنازع المكري والمكتري في كيفية رِحْلة المحمِل ، فقال المكتري : نُرْحله مكبوباً ، وقال المكري : بل نُرحله مستلقياً ، فقد اختلف الأئمة في تفسير ذلك ، فقيل : المكبوب أن يكون مقدّم المحمل الذي يلي عنقَ البعير منكبّاً ، والمستلقي أن يكون مؤخره الذي يلي العجز متسفِّلاً ، والمكبوبُ أهون على الراكب ، وأشق على البعير .

وقيل : المكبوب أن يكون الجانب الذي يلي جنب البعير في عرض المحمل مُلتصقاً به ، ويستعلي ما يلي الصحرا[٣] في مقابلة ذلك . وهـٰذا يشق على الراكب . والمستلقي عكس ذلك[٤] .

وعلى الجملة إذا فرض نزاعٌ بينهما ، لم يُحمل لا مكبوباً ، ولا مستلقياً ، ولـٰكن يحمل معتدلاً بينهما .

فَصْلٌ

قال : « وإن هرب الجمال. . . إلىٰ آخره »[٥] .

٥٢٤٥ـ إذا هرب الجمّال ، فلا يخلو : إما أن يذهب بالجمال أو يدعَها في يد

---

(١) الرّحْلة : بكسر الراء ، وضع الرَّحل على البعير ، من رَحَله يرحله رحلاً ورِحلةً (المعجم) .

(٢) ر . المختصر : ٣/ ٨٤ .

(٣) كذا في النسختين ، ولم يسعفنا في بيان معناها ، لا المصباح ، ولا المعجم ، ولا القاموس ، ولا الزاهر ، ولا الأساس . وقد يكون بها تصحيف أو تحريف . والله أعلم .

(٤) للرافعي في الشرح الكبير ، وكذلك النووي في الروضة تفسير آخر للمكبوب والمستلقي ، وفيه أن المستلقي أسهل على الراكب من المكبوب . ولم أجد عند أيهما لفظ (صحرا) الذي أبحث له عن معنىٰ هنا . (الشرح الكبير : ٦/ ١٤١ ، والروضة : ٥/ ٢٢٢) .

(٥) ر . المختصر : ٣/ ٨٥ .

المكتري . فإن ذهب بها ، لم تخلُ الإجارة إما أن تكون واردةً علىٰ أعيانها ، أو تكون واردة علىٰ ذمة المكري . فإن كانت واردةً علىٰ أعيانها ، فلا شك أن الإجارة تنفسخ في المدّة التي تغيّب الجمّال فيها ، ولا سبيل إلى الاكتراء عليه ؛ فإن المعقود عليه كان متعيَّناً ، والعقد إذا ورد على العين ، لم يتعدّها إلىٰ غيرها .

فإن كانت الإجارة واردةً على الذمة ، فهرب الجمال ، فلا نقضي بانفساخ الإجارة ، ولـٰكن ما التزمه الجمال دينٌ في ذمته ، فيرفع المكتري القصةَ إلىٰ مجلس الحاكم ، وإذا ثبت عنده الأمر علىٰ حقيقته ، ووجد مالاً للمكري ، فإنه يكتري عليه من ماله . وإن لم يجد له مالاً ، فله أن يستدين عليه إن رأىٰ ذلك .

فإن لم يفعل الحاكم ، ولم يتيسر [المقصود][1] فللمكتري أن يفسخ الإجارة .

هـٰذا إذا هرب بالجمال .

٥٢٤٦ـ فأما إذا هرب وترك الجمال في يد المكتري ، فلا يخفىٰ أن المؤن عليها كانت علىٰ مالكها ، وكذلك القيام بتعهدها ، فإذا هرب ، فإن تبرع المكتري بالإنفاق ، وبَذْلِ مؤنةِ التعهد ، لم[2] يجد مرجعاً .

ش ١٤٤ فإن أبىٰ[3] ، ورفع الأمر إلى الحاكم ثَمَّ ، يفعلُ الحاكم في تحصيل المؤونة ما/ وصفناه .

[فإن][4] لم يجد الحاكم له مالاً ، ولم ير الاستقراضَ عليه ، وكان في الجمال [فضلٌ][5] عن مقصود المكتري ، فله بيع الفاضل من رقابها ، وصرفُه إلىٰ نفقة الباقي .

٥٢٤٧ـ ولو أذن للمكتري في أن يُنفق عليها من مال نفسه ، علىٰ شرط الرجوع ،

---

(١) في الأصل : المفقود . ومعنىٰ « لم يتيسّر المقصود » : أي تعذر الاكتراء عليه ، كما في عبارة الرافعي في الشرح الكبير : ٦/ ١٧٤ . والجملة حينئذٍ تكون من باب عطف البيان للجملة قبلها .

(٢) (د١) : المتعهد ولم نجد .

(٣) (د١) : وإن أراد رفع الأمر .

(٤) في الأصل ، كما في (د١) : وإن لم .

(٥) في الأصل : قصد .

ففي المسألة قولان : **أحدهما** ـ يجوز ذلك ، فإن الضرورة على الجملة قد تُحْوِج إليه ، والضرورات تغيّر قياس العقود ، ثم إذا تمهّد أصلٌ لإمكانِ حاجةٍ ، لم يتوقف نفوذه علىٰ [تحقق][١] الحاجة في كل صورة . وعلىٰ هـٰذا الأصل جرت الإجارة جملةً وتفصيلاً ، والحاجة ظاهرة في الإذن للمكتري ؛ فإن الغالب أن الحاكم لا يجد مالاً للهارب ، ولا يثق بالرجوع عليه لو استقرض .

والقول الثاني ـ أن ذلك غيرُ جائز ، فإن المكتري لو تعاطىٰ ، كان قائماً بتأدية حق نفسه ، واستيفائه ، وهـٰذا لا سبيل إليه .

فإن قلنا : يجوز للحاكم تفويض الأمر إليه ، فلو أنفق ، واقتصد ، ووجد الجمّال ، رجع عليه .

ولو نازعه في المقدار ، فقد ذكر **صاحب التقريب وجهين** : **أحدهما** ـ أن القول قولُ المكري ؛ فإن الأصل براءة ذمته ، عن المقدار الذي يدّعيه المكتري .

والوجه الثاني[٢] ـ أن القول قول المكتري ؛ فإنه إذا كان مأذوناً من جهة الحاكم ، فهو مؤتمنٌ من وجهٍ ، وإن كان راجعاً بنفسه لنفسه ، فيجب أن يُصدَّق مع يمينه . والمعنى الذي جوّز تفويضَ الأمر إليه ، لا يبعد علىٰ مقتضاه تصديقُه [في][٣] القدر الممكن المقتصَد مع يمينه .

٥٢٤٨ـ ولو استبدّ المكتري ، فأنفق بنفسه ، مع إمكان مراجعة الحاكم ، لم يجد مرجعاً .

وإن لم يجد حاكماً ، وأنفق، ففي المسألة **الأوجهُ الثلاثة** ، التي ذكرناها في كتاب المساقاة : **أحدها** ـ أنه يرجع للحاجة الماسة .

والثاني ـ لا يرجع .

والثالث ـ أنه إن أشهد ، رجع . وإن لم يُشهد ، لم يرجع .

---

(١) في الأصل : تحقيق .
(٢) (د١) : والقول الثاني .
(٣) في الأصل : علىٰ .

ولا يرجع ما لم يقصد الرجوع ، فلو قصد التبرعَ ، لم يرجع ، ولو لم يقصد شيئاً ، فلا يرجع أيضاً ، وإنما التردد والاختلاف إذا أنفق على قصد الرجوع .

ولو كان في الموضع حاكم ، ولـٰكن عسر عليه إثبات الواقعة في مجلسه ، والقاضي لا يتصرف على غير بصيرة ، فهـٰذا بمثابة ما لوْ لم يجد الحاكم في التفصيل الذي ذكرناه .

٥٢٤٩ـ وما ذكره الأصحاب من الفصل بين أن يُشهد ، وبين أن لا يُشهد مشهورٌ في المذهب ، ولـٰكن لستُ أرى لذلك أثراً في إثبات الرجوع في الأصل ؛ فإن الشهود لا يسلّطون على حكمٍ غيرِ ثابتٍ ، وإنما التفويض والتسليط إلى الولاة .

ولـٰكن هـٰذا يضاهي أصلاً سيأتي في كتاب اللقطة ، وهو أنه هل [يجب][(١)] على الملتقط أن يُشهد ، إذا تمكن من الإشهاد ، فهـٰذا مأخوذٌ من ذلك ، وسيأتي مشروحاً، إن شاء الله عز وجل .

ي ١٤٥ **٥٢٥٠ـ** ثم قد ذكرنا/ فيه إذا فوّض الحاكمُ إليه الإنفاقَ أنه لو اختلف المكري والمكتري في المقدار ، فالقول قول من ؟ والذي يقتضيه القياسُ أنه إذا أنفق بنفسه من غير تفويضٍ ، وقلنا : له الرجوع في القدر المتفق عليه ، فلو فرض نزاعٌ ، فالقولُ قولُ المكري ؛ فإنه لم يستند إنفاقُه إلى ائتمان من جهة السلطان . وفيه احتمالٌ؛ من جهة أن الشرعَ سلّطه على الإنفاق ، فيجوز أن يكون كتفويض الحاكم إليه ، وللحاكم سلطنةٌ في مال الغُيّب على شرط النظر ، والمصلحة .

ولو وجد مالاً لغائب ، وكان ضائعاً لا يتأتى حفظه إلا بمؤونة ، وقد يبلغ مبلغاً ، فلو أراد بيع ذلك المال ، وإمساك ثمنه للغائب ، جاز ذلك ، وسنصف هـٰذه الأبواب في أحكام القضاة، إن شاء الله عز وجل .

فَرْعٌ : **٥٢٥١ـ** الأجرة إذا كانت مؤجلةً في الإجارة ، فحلّت ، وقد تغيرت صفةُ النقد ، وكان ذُكر مطلقاً في العقد ، فلا شك أن الاعتبار في صفة النقد بالنقد الذي كان غالباً يومَ العقد ، ولا نظر إلى نقدِ يوم الحلول . وكذلك القولُ في الثمن إذا حل .

---

(١) ساقطة من الأصل .

٥٢٥٢ـ فأما إذا ذُكر في الجعالة مقدارٌ من الدراهم ، وكانت الدراهم إذ ذاك علىٰ صفةٍ ، ثم استكمل المجعولُ له العملَ ، وقد تغيرت صفة النقد ، فقد اختلف أصحابنا فيما حكاه القاضي ، فذهب بعضُهم إلىٰ أن الاعتبار باليوم الذي تم العملُ فيه ؛ فإنه يوم استحقاق الجُعل . وهـٰذا ضعيفٌ ، لا أصل له .

والصحيح أن الاعتبار بالنقد [العام ، يوم ذُكر ؛ فإن العرف العام قرينُ اللفظ ، فكأنه وإن أطلق الدراهم](١) قيدها بالصفة العامة حالة الذكر .

* * *

(١) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .

باب
تضمين الأجراء

قال الشافعي رحمة الله عليه : « والأجراء كلهم سواء ، وما تلف في أيديهم ، ففيه واحدٌ من قولين . . . إلىٰ آخره »[١] .

٥٢٥٣ـ نقول أولاً قبل الخوض في مقصود الفصل : من استأجر دابةً ، أو غيرَها من الأعيان ، وقبضها ليستوفي المنفعةَ منها ، فإذا تلفت في يده من غير عدوانه وتقصيره في الحفظ ، لم يضمنها ، لا نعرفُ في ذلك خلافاً ، والسببُ فيه ـ عندنا ـ أنه استحق المنفعة منها ، ولا سبيل إلى استيفاء المنفعة منها إلا بقبضها ، وليست العين هي المستحقة في نفسها ، فلما كان قبضُها طريقاً في استيفاء المنفعة ، لم يثبت الضمان فيها .

ولو اشترىٰ رجل سمناً في بُستوقة[٢] ليستخرج السمن منها ، فتلفت في يده من غير عدوانٍ وتقصيرٍ ، فقد ذهب بعض أصحابنا إلىٰ أن البُستوقة لا تكون مضمونةً على القابض ، قياساً على العين المستأجرة ، ووجه التقريب أن اتصال المنفعة بالعين كاتصال السمن بالبُستوقة .

وهـٰذا غير صحيح ، والذي ارتضاه المحققون أن البستوقة مضمونة ؛ فإن إخراج السمن منها من غير نقلٍ وإثبات يدٍ عليها ممكنٌ ، ولا يتأتى الانتفاعُ دون نقل/ الأعيان التي بها الانتفاع ، فالبستوقة في يده كالعين المستعارة ، فهـٰذه مقدمةٌ ، جددنا ذكرها . ش ١٤٥

ونحن نخوض بعدها في مقصود الباب ، فنقول :

---

(١) ر . المختصر : ٣/ ٨٥ .

(٢) البُستوقة : إناءٌ من الفخار ، فارسي معرّب (معجم الألفاظ الفارسية المعربة) .

٥٢٥٤ـ إذا تلفت عينٌ في يد الأجير ، [وكانت سُلِّمت][1] إليه ليوقع فيها العملَ المستحَقَّ على الأجير بالإجارة ، فلو تلفت تلك العينُ ، فنقول : إن كانت يد المالك قائمةً ، والأجير كان يعمل بين يديه ، فليس للأجير يدٌ على الحقيقة ، فإذا تلفت العينُ بآفة سماوية ، فلا ضمان ؛ فإنها لم تتلف في يد الأجير ، وهـٰذا يسمى الأجير المشاهَد . ومعناه أنه يعمل في مشاهدة المالك ، وتحت يده .

٥٢٥٥ـ فأما إذا زالت يد المالك وثبتت يد الأجير على العين التي كان يوقع عملَه فيها ، فإذا فرض التلف بآفةٍ من غير صُنعٍ من جهة الأجير ، ولا تقصيرٍ ، ولا عدوانٍ ، فحاصل المذهب طريقان : من أصحابنا من رأىٰ **أقوال الشافعي** محتملة في ذلك ، ففي المسألة **ثلاثة أقوال** : **أحدها** ـ أنه لا يجب الضمان ، وهو الأقيس ؛ فإنه لم تثبت يده على العين لمنفعةِ نفسه ، وإنما أثبتها ليوقع فيها عملاً مستحقاً عليه ، وإذا كان مستأجرُ العين لا يضمنها ، لأنه يستوفي منها منفعةً له ، فلأن لا يضمن الأجير ـ وسببُ قبضه منفعةٌ مستحقة عليه ـ أولىٰ ؛ فإن من استحق شيئاً متخيِّرٌ في إسقاط حقه ، ومن استحق عليه شيءٌ ، فلا خِيَرَة له .

والقول الثاني ـ أنه يجب الضمان ؛ لأنه يقبض ما يقبض لتقرير عوضِ عملِ نفسه ، وترجع المنفعةُ إليه .

والقول الثالث ـ أن الأجير المشترك يضمن ، والأجير المنفرد لا يضمن .

٥٢٥٦ـ واختلف أئمتنا في الأجير المشترك ، ويظهر من ذكر الاختلاف فيه الأجيرُ المنفرد ، فمنهم من قال : الأجير المشترك هو الذي يلتزم تحصيلَ العمل في ذمته ، فإن شاء أوقعه بنفسه ، وإن شاء استأجر من يُحصِّلُه ، فيجتمع في يده أعيان أملاك الناس ، وسمي مشتركاً ، لأنه لا يختص بواحدٍ من المستأجرين ، والأجير المنفرد هو الذي تتعلق الإجارة بعينه لا بد منه ، فهو منفرد لمستأجِره . والمشترك أولىٰ بالضمان ؛ لاتساع الطريق عليه ، حتىٰ كأنه غيرُ مأمورٍ في عينه بتحصيل العمل ، بخلاف المنفرد .

---

(١) في الأصل : « وكأنه سلمه » بهـٰذا الرسم .

٥٢٥٧ـ وذكر **العراقيون** وجهاً آخر في معنى المشترك والمنفرد ، فقالوا : المشترك من لا يتعين لعمله مكانٌ ، وهو الذي يستأجَر لعملٍ موصوفٍ ، من غير ذكر وقت ، وقد يُتصور ذلك مطلوباً من عمله ، حتىٰ لو أراد إقامة غيره مقام نفسه ، لم يجد إليه سبيلاً ، وذلك أن يقول : خِط بنفسك هـٰذا الثوبَ ، فيتصور إذاً أن يعاقده علىٰ عمله في عينه أقوامٌ ، والأجير المنفرد/ هو الذي يستعمل عقيب العقد ، ولا يمهل ، ويتعين له مكانٌ علىٰ هـٰذا ، ولا يقدّر مشتركاً .

ي ١٤٦

٥٢٥٨ـ وهـٰذا الذي ذكره **العراقيون** فيه نظر ، **أولاًـ** في نفسه ، ثم الرجوع يقع بعد ذلك إلىٰ مقصود الفصل .

فإذا استأجر رجل شخصاً في خياطة ثوب وأورد الإجارةَ علىٰ عمله[1] ، فلو أراد أن يلزمه الاشتغال بما استحقه عليه ، فله ذلك ، وإذا كان يملك هـٰذا ، فمنافعه مستحقة في هـٰذه الجهة ، فيجب أن لا يصح من الغير استئجاره ، ومنفعة عينه مستحقةٌ مستغرقةٌ .

وهـٰذا فيه احتمال ، فلو جرينا علىٰ حقيقة الاستغراق ، لزم منه أن يقال : إذا مضىٰ علىٰ أثر العقد زمانٌ يسع العمل ، فلم يعمل فيه، تنفسخ الإجارة ، كما لو استأجر داراً شهراً ، ولم يتفق تسليمُها حتى انقضى الشهر ، وقد ذكرت طرفاً من هـٰذا فيما تقدم ، وهـٰذا أوان استقصائه .

فإذا وردت الإجارة على الذمة ، لم يخف مقصودُنا فيه ، وإذا وردت على العين ، وقُرنت بالتأقيت ، فيتحقق [لا محالة][2] الاستغراق ، ويترتب عليه الانفساخ إذا مضت المدة قبل التسليم .

وإن كانت الإجارة متعلقةً بالعين ، ولـٰكن المعتمدَ فيها صفةُ العمل ، وبيانُ مقداره ، كخياطة الثوب ، وما في معناها ،فهـٰذا مختلف فيه . والاختلاف مأخوذ من فحوىٰ كلام الأئمة .

---

(١) كذا في النسختين، ولعلها: «على عينه».
(٢) ساقطة من الأصل .

فالذي يقتضيه قياس المراوزة أن الإجارة إذا كانت متعلقة بالعين ، [فهي][(١)] على التضييق ، وحقيقةِ الاستغراق ، كما لو تقيدت بالوقت .

والذي تقتضيه طريقة العراقيين أنها ليست على التضييق ، حتىٰ كأنها مستحقة في ذمة الأجير من عينه ، فمهما أقامها[(٢)] ، وقعت الموقع .

وإن استبعد سائلٌ الجمعَ بين العين والذمة ، أمكن أن يقال : كل إجارة واردةٍ علىٰ عينٍ بهـٰذه المثابة ؛ فإن المستأجر يستحق منفعةَ الدار من عين الدار ، قبل وجود المنفعة .

فرجع حاصل الكلام إلىٰ أن الأجير المشترك هو الذي[(٣)] لا يضيّق عليه تضيّق التأقيت . والأجير المنفرد هو الذي يضيّق عليه المستأجر ، [فيقول][(٤)] : استأجرتك لتخيط هـٰذا ، ويشتغل به عقيب العقد من غير تأخير ، وقياسهم أن إطلاق العمل لا يتضمن التضييق المؤدي إلى الانفساخ ، وإذا قيد بالتضييق ، ومضى الزمان الذي يسع العمل وقد [تقيّد][(٥)] بالتضييق ، اقتضىٰ ذلك الانفساخَ .

٥٢٥٩ـ فإذا ظهر ما أردناه ، فالذي [نُجلِّيه][(٦)] من فرق بين الأجير المشترك ، والأجير المنفرد ، أن المنفرد كأن يده [نائبة][(٧)] عن يد المالك ؛ فإنها مستغرَقة به لا يُشارَك فيها ، ويد الأجير المشترك ليست مختصةً بأحد ، فتثبت اليد له على التحقيق .

---

(١) في الأصل : فهو .
(٢) (د١) : أتىٰ بها .
(٣) (د١) : هو الذي لا يضيق التأقيت .
(٤) في الأصل : ويقول .
(٥) في الأصل : تفسد .
(٦) في الأصل : (نخيله) أو (نحيله) تقرأ بهما . وفي (د١) : (بحليه) هـٰكذا بإهمال الأول والثاني . والمثبت اختيار من المحقق .
(٧) في الأصل : (ثابية) و(د١) : ثانية . والمثبت تصرف منا ، علىٰ ضوء السياق ، وعبارة الرافعي التي تقول : « يده كالوكيل مع الموكل » (الشرح الكبير : ٦/١٤٨) .

ش ١٤٦ وكل ما ذكرناه/ من التطويل ، [والتفصيل][(١)] وإن كان مُقيداً في نفسه ، فلا جدوىٰ فيه فيما نحن فيه ، كما سيتبين في الطريقة الثانية .

هـٰذا بيان المسلك الأول .

٥٢٦٠ـ **الطريقة الثانية** ـ قال معظم **المحققين** : الأجير لا يضمن ما يتلف تحت يده من غير عُدوان وتقصير ، قولاً واحداً ، ويده يد أمانة . وقد **حكى الربيع** « أن **الشافعي** كان يرىٰ أن الأجراء لا يضمنون ، ولـٰكنه كان لا يبوح به لأجراء السوء ، وكان يرىٰ أن القاضي يقضي بعلمه ، وكان لا يبوح به لقضاة السوء » . ووجه ذلك في القياس واضح لا حاجة إلىٰ تكلف بيانه .

وهـٰذا القائل يقول في قول **الشافعي** : « لا يجوز في الأجير إلا واحدٌ من قولين » : لم يُرد **الشافعيُّ** به ترديدَ القول ، وإنما قصد محاجة **أبي حنيفة**[(٢)] ، فإنه يقول : ما يتلف بعمل الأجير ، وإن اقتصد فيه يضمنه ، وما يتلف تحت يده من غير صُنعه لا يضمن ، فقال : لا يجوز إلا واحدٌ من **قولين** : إما ألا يضمن أصلاً ، وإما أن يضمن كيف فرض الأمر ، سواء تلف بآفة أو بصنعٍ هو مأذون فيه ، فرجع قوله إلى الرد علىٰ من فصل بين أن يتلف بصُنعه أو يتلف بآفة .

هـٰذا بيان طرق الأصحاب .

٥٢٦١ـ ثم إن جعلنا يدَ الأجير يدَ ضمان ، فلو تلف تحت يده بآفةٍ ، ضمن ، ولو تلف بصُنعه ، ضمن . وإن قلنا يدُه ليست يدَ ضمان ، فلو تلف بآفة ، لم يضمن ، [وإذا تلف][(٣)] بسبب عمله ، نُظر : فإن جاوز الحدَّ ، وتعدَّىٰ في عمله ، ضمن ، وإن اقتصر واقتصد ، ولم يجاوز الحدّ ، فلا ضمان أصلاً ، ولا أثر للعمل من غير تفريط وعدوان ، عند أصحابنا .

وقد يخطر للفقيه علىٰ قياس [قول][(٤)] **الشافعي** أنا إذا جعلنا يدَ الأجير يدَ الضمان ،

---

(١) في الأصل : في التفصيل .
(٢) ر. مختصر اختلاف العلماء: ٤/ ٨٥، مسألة: ١٧٦٧، المبسوط: ١٥/ ٨٠، إيثار الإنصاف: ٣٣٥.
(٣) في الأصل : فإذا أتلفه .
(٤) في الأصل : مذهب .

فلو عمل في العين ما أُمر به ، ولم يزد ، فأدىٰ ذلك إلىٰ عيبٍ ، فلا يجب ضمان ذلك ، وينزل ذلك منزلة ما لو لبس المستعيرُ الثوبَ وأبلاه[١] ؛ فإن المذهب أن ضمان الأجزاء البالية لا تجب ، ولو تلف الثوب بآفةٍ ، وجب ضمانُه على المستعير . وهـٰذا ظاهرٌ في الأجير ، ولا ينبغي أن يقدَّر خلافٌ في أن الأجير لو فصَّل الثوبَ النفيسَ وقطّعه ، فانتقصت قيمته بالقطع أنه لا ضمان عليه ، فإذا جرىٰ ذلك في النقصان الذي يوجبه القطع ، فغيره بمثابته إذا اقتصر العامل على امتثال الأمر ، وقد قررتُ هـٰذا في **(الأساليب)**[٢] .

هـٰذا بيان عقد المذهب في تضمين الأجراء .

٥٢٦٢ـ ثم إن **الشافعي** ذكر مسائلَ ، وبين فيها عملَ الأجراء ، [وتعدّيهم][٣] واقتصادهم ، ونحن نذكرها، ولـٰكن حظَّ الفقيه في جميعها ما قدّمناه ، من أنه إن اعتدىٰ ، ضمن ، وإن لم يعتد واقتصد ، فالذي أطلقه الأصحاب تخريجُ ذلك علىٰ أن يدَ/ الأجير يدُ أمانة ، أو يد ضمان . ١٤٧ ي

والذي نراه في القياس الجلي أنه لا يضمن ما يقتضيه عملُه المأذون فيه ، كما ذكرناه في بلى الثوب باللُّبس المأذون فيه للمستعير .

وإذا تمهدت القاعدة شرعنا بعدها في المسائل ، ونُفرد لكل مسألة فصلاً ، ونوضِّح ما يليق به .

فَصْلٌ

قال : « إذا استأجر من يحجمه ، أو يختن غلاماً له ، أو يبيطر دابته . . . إلىٰ آخره »[٤] .

٥٢٦٣ـ إذا استأجر من يحجمه ، فلم يقصّر الحاجم ، فأدىٰ إلىٰ سبب محذور ،

(١) (د١) : وأبلاه بالإذن .
(٢) الأساليب : اسم كتاب في علم الخلاف لإمام الحرمين . وقد تكرر ذكره مراراً .
(٣) تقدير من المحقق ، مكان كلمة بالأصل رسمت هـٰكذا : « وبعد خيطهم » فهل هي كناية عن التعدي . وقد خلت (د١) من الكلمة .
(٤) ر . المختصر : ٣/ ٨٥ .

فإن كان المحجوم حراً ، فلا ضمان ، لأن يدَ الحر ثابتةٌ عليه ، وإن كان استأجره ليحجم غلاماً له ، فإن كانت يد المالك ثابتةً على الغلام ، فلا ضمان على الحجام ، إذا لم يجاوز ما أُمر به ، وإن ثبتت يده عليه ، ولم يكن السيد معه ، ففيه التفصيل الذي ذكرناه من اختلاف الطرق ، والفرق بين المنفرد والمشترك ، ويعترض فيه ما نبهنا عليه من أن ذلك حاصل بفعلٍ مأذونٍ فيه ، كما تقدم ، ولسنا نعود بعد ذلك إلىٰ هـٰذا التفصيل ، ولـٰكن نذكر ما يتجدّد .

فَصْلٌ

قال : « ولو استأجر للخبز . . . إلىٰ آخره »[(١)] .

٥٢٦٤ـ الخبز عملٌ من الأعمال ، فإن فسد الخُبز بتقصيرٍ من الخباز ، ضمن ، وإن لم يَزد الخبّاز علىٰ ما استدعىٰ منه ، ولـٰكن احترق بعض الخبز ، ففي الضمان التفصيلُ الذي ذكرناه .

٥٢٦٥ـ والذي نذكره في هـٰذا الفصل أن من استأجر خبازاً ، فلا بد من أن يوضّح أنه يخبز في تنّور[(٢)] ، أو فرنٍ ، وأنه يخبز الأقراص ، أو الغلاظَ من الأرغفة ، أو الرقاق . والغرض يختلف بذلك . وكل ما يوضحه العُرف من غير تردّد ، فهو متبع ، وهـٰذا بمثابة ذكر التنور في هـٰذه الديار ؛ فإن العرف يعيِّنها ، وإنما تمس الحاجة إلى التعيين عند إمكان التعدد .

٥٢٦٦ـ ثم إن كانت الإجارة واردةً على العين ، فالآلات التي لا بد منها على المستأجر ، وليس على الأجير إلا تسليم نفسه إلى المستأجر .

وإن كانت الإجارة واردةً على الذمة ، فالآلات على الملتزم في الذمة .

٥٢٦٧ـ وأما حطب التسجير ، فإن عمّت العادة بأنه يأتي به المستأجر ، فهو يجري

---

(١) ر . المختصر : ٣/ ٨٦ .

(٢) لم يفرق المعجم الوسيط بين الفرن والتنور ، بل فسر التنور بأنه الفرن ، ولـٰكن المصباح نقل عن ابن فارس : أن الفرن الذي يخبز عليه غير التنور .

علىٰ حكم العرف ، وإن كانت العادة مطردةً في أن الحطب يأتي به الملتزم ، ففيه اختلاف بين الأصحاب . فالذي ذهب إليه **القاضي والمحققون** أن العادة محكّمةٌ في ذلك ، وقد التزم الأجير تحصيل الخبز ، فعليه التسبب إليه .

ومن أئمتنا من قال : لا يكون على الملتزم حطبٌ ؛ فإنه عينٌ يُشترىٰ ، وهو تمليك بجهات التملك ، فلا يتبع المنفعة .

وهـٰذا الذي ذكرناه في الخبز [يجري في القلم والحبر][١] في حق الورّاق ، والخيط في حق الخياط . وإن اضطربت العادة ، فلا يستحق على الخباز ، ولـٰكن في بطلان العقد الخلاف الذي قدّمناه .

فصل

قال : « وإن اكترىٰ دابة ، فضربها أو كبحها باللجام . . . إلىٰ آخره »[٢] .

٥٢٦٨ـ هـٰذه المسألة ليست نظيراً للمسائل التي تقدمت ؛ فإنها كانت مفروضة في استئجار أجيرٍ للعمل ، وهـٰذه المسألة فيه إذا استأجر الرجل دابةً ليركبها/ ، أو يحمّلها حُمولةً ، فلو قبضها ، أو ضربها[٣] في التسيير ، أو كان يكبح لجامها ، فهلكت ، فقد قدمنا أن العين المستأجرة أمانةٌ في يد المستأجر ، وأنها لو تلفت بآفةٍ سماوية تحت يده ، لم يلتزم الضمان أصلاً ، فإذا وجد من المستأجر فعلٌ كما ذكرناه ، من الضرب وكبح اللجام ، فإن لم يجاوز المعتادَ في ذلك ، ففرض التلفُ ، فلا ضمان أصلاً ، وإن جاوز العادةَ في ذلك ، بحيث يُعدّ مجاوزاً ، فقد أثبت الأصحاب الضمان . ١٤٧ ش

وقال أبو حنيفة[٤] يجب الضمان سواء عُدّ الضارب مقتصداً أو مجاوزاً للعادة ، وهـٰذا أجراه علىٰ مذهبه في أن سراية القصاص مضمونة ، وسنجمع بعد ذلك بفصول قولاً بالغاً في التعزيرات ، وحكم الضمان [فيها][٥] إذا أدت إلى الهلاك ، ونعيد هـٰذا

---

(١) زيادة اقتضاها السياق ، سقطت من النسختين .
(٢) ر . المختصر : ٣/ ٨٧ .
(٣) (د١) : وتركها .
(٤) ر . بدائع الصنائع : ٤/ ٢١٣ ، وحاشية ابن عابدين : ٥/ ٢٤ .
(٥) في الأصل : منها .

الفصل في أثناء التعزير والتحرير الضابط، إن شاء الله عز وجل .

٥٢٦٩ـ فأما إذا استأجر رائضاً حتىٰ يروض دابةً له ، فضربها الرائض ، وكبح لجامها ، فعابت ، أو هلكت ،فهـٰذا عائد إلىٰ سَنَن المسائل التي تقدمت ، فإن عُد متعدياً ، ضمن ؛ وإن لم يعد متعدياً في تحصيل المستدعَىٰ منه ، فيعود التفصيل في المشترك ، والمنفرد ، واختلاف الطرق .

والرأي عندنا القطع بنفي الضمان ، (١ إذا كان السببُ الفعلَ المأذون فيه ، كما أجرينا ذكرَ ذلك مراراً . وتمام البيان فيه بين أيدينا ١)، ونحن، إن شاء الله ـ ذاكروه في فصل التعزير .

فَصْلٌ

قال : «وهـٰذه الأغنام والبقور التي تسلم إلى الراعي من غير عقدٍ . . . إلىٰ آخره »[٢].

٥٢٧٠ـ إذا سلم مالك المواشي المواشيَ إلى الراعي ، واستعمل الراعي في رعيها ، ولم يذكر أُجرة مسماةً ،فهـٰذا يخرّج علىٰ أن المستعمل إذا عمل هل يستحق أجر المثل ؟ وهـٰذا سيأتي مستقصَىٰ، إن شاء الله تعالىٰ .

فإن قلنا : يستحق ، فالذي جرىٰ في حكم إجارةٍ فاسدةٍ ، وحكم الفساد في الضمان حكم الصحيح ، وقد فصلنا ذلك .

فأما إذا قلنا : لا يستحق المستعمل شيئاً إذا عمل ، فالذي جرىٰ ليس باستئجار على الفساد ، وإنما العامل متبرع بالعمل ، وليس على المتبرع ضمانٌ إذا لم يجاوز فيما فَعلَ

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (د١) .

(٢) هـٰذه العبارة بألفاظها ليست في المختصر ، وإنما عبارته : « قال : والراعي إذا فعل ما للرعاة فعله مما فيه صلاح لم يضمن ، وإن فعل غير ذلك ، ضمن » المختصر : ٣/ ٨٧ .
هـٰذا. ولم أصل إلىٰ هـٰذا النص من كلام الشافعي في «الأم»، كما لم أصل إلىٰ هـٰذا الجمع (البقور) للبقرة، لا في المعاجم اللغوية، ولا في معاجم ألفاظ الفقهاء، ومما ذكرته المعاجم: البقرة للمذكّر والمؤنث، والجمع: بقر، وبقرات، وبُقُر (بضمتين)، وبُقَّار، وأُبْقور، وبواقر، وأما باقر، وبقير، وبيقور، وباقور، وباقورة، فأسماء للجمع. (القاموس، واللسان).

مراسمَ المالك ، وعلىٰ هـٰذا [يخرّج][(١)] على ضياع الثوب في الحمام ، وليس فيه إجراء ذكر الأجرة .

وتمام البيان في هـٰذه الفصول يأتي في فصل [التعزيرات][(٢)] وما يتعلق بها، إن شاء الله تعالىٰ .

فصل

قال : « ولو أكرىٰ حَمْلَ مكيلةٍ ، وما زاد فبحسابه ، فهو في المكيلة جائز ، وفي الزيادة فاسد. . . إلىٰ آخره »[(٣)] .

٥٢٧١ـ نذكر في مقدمة الفصل فصولاً تتعلق[(٤)] بإعلام المعقود عليه ، وترتبط بألفاظ العقد ، ثم نخوض بعدها في مقصود الفصل .

[فإذا][(٥)] أشار إلىٰ صُبرة مجهولة الصيعان ، وقال : اكتريت هـٰذه الدابة لتحمل هـٰذه الصبرة إلىٰ موضع كذا ، أو ألزمت ذمتك ذلك ، فالعقد جائز ، وقد مهدنا ذلك فيما سبق ، وقلنا : الإشارة كافيةٌ/ كما لو أشار في بيع الصّبرة . ١٤٨ ي

ولو قال : تحمل هـٰذه الصُّبرة كلَّ صاع بكذا ، صحّ ، وإن لم تكن الصيعان معلومة ، كما لو قال : بعتك هـٰذه الصّبرة كلَّ صاع بدرهم . ولو قال : تحمل عشرة آصعٍ من هـٰذه الصبرة ، فجائز .

ولو قال : تحمل كل صاعٍ من هـٰذه الصبرة بكذا ، ولم يذكر لفظاً يتضمن حملَ الصُّبرة بكمالها ، فقد قال الجمهور : يفسد العقد ، [فإنه][(٦)] لم يتعرض لحمل الصبرة ، ولم يبين مبلغاً منها ، بل أبهم ، وكذلك يبطل البيع علىٰ هـٰذه الصيغة .

---

(١) ساقطة من الأصل .
(٢) في الأصل : التقريرات .
(٣) ر . المختصر : ٣/ ٨٨ .
(٤) (د١) : فصول لا تتعلق .
(٥) ساقطة من الأصل .
(٦) في الأصل : فإن .

وقال بعضُ الأئمة : قوله « تحمل كلّ صاعٍ بكذا من هـٰذه الصبرة » بمثابة قوله : « تحمل هـٰذه الصبرة كل صاع بكذا » . وكذلك القولُ في البيع . وهـٰذا متجهٌ في المعنىٰ ، وإن كان بعيداً في الحكاية ، ووجهه أن قوله : « تحمل كل صاع من هـٰذه الصبرة » عبارةٌ تشمل جميعَ الصّبرة من غير اختصاص بمقدار .

٥٢٧٢ـ فأما صورة مسألة الكتاب ، فهي أن يقول : تحمل عشرة آصاع من البُرِّ بكذا ، وما زاد ، فبحسابه . **قال الشافعي**: الاستئجار صحيح في المقدار المبين ، وهو فاسد في الزيادة ، أما الفساد في الزيادة ، فمن قبل الجهالة ؛ فإنه لم يذكر للزيادة ضبطاً ، لا بإشارة ، ولا بإعلام المنتهىٰ ، [فأما](1) علة الصحة في المقدار المذكور ، [فهي](2) أنه صحيحٌ لو فرض الاقتصار عليه ، والزيادة المذكورة لم تذكر علىٰ صيغةٍ تتضمن إلزامَها ، واشتراطَها في العقد مع المذكور المقدّر ، فليست معقوداً عليها مع المقدّر، ولا مشروطة في العقد الوارد على المقدّر .

فإذا ثبت ما ذكرناه في ألفاظ العقد ، فقد **قال الشافعي** بعده : **لو حمل مكيلةً ، فوجدها زائدة. . . إلىٰ آخره** .

٥٢٧٣ـ إذا استأجر دابة ليحمل عليها مقداراً مُقدَّراً : عشرةَ آصعٍ مثلاً ، فاتفق حملُ أحدَ عشرَ ، فلا يخلو إما أن يحصل هـٰذا التعدي من المكتري ، أو من المكري ، أو من أجنبيٍّ سواهما .

٥٢٧٤ـ فإن(3) حصل التعدي من المكتري ، وكان تولّىٰ بنفسه الاكتيالَ ، فزاد على المشروط ، وحمل على الدابة ، فانفرد باليد في الدابة ، وكان مالكها سلّمها إلى المكتري ، فنقول : إن سُلمت الدابة ، فعلى المكتري الأجرةُ المسماةُ في مقابلة المذكور المشروط ، وعليه أجرةُ المثل في مقابلة الزائد ، ولو تلفت الدابة في يده ، ضمن في هـٰذه الصورة كمالَ قيمتها ؛ وذلك لأنه لما حمَّلها أكثرَ مما تستحق ، صار

(1) في الأصل : وأما .
(2) في الأصل : فهو .
(3) (د١) : أما إذا حصل .

عاصياً ، ويده يدُ عدوان ، فيلتزم كمالَ الضَّمان . ولو تلفت الدابة والحالة هـٰذه بآفةٍ سماوية ، فيجب ضمانُها أيضاً ، وإن لم يكن التلف بسبب العدوان .

ولو كان المكتري يكتال بمرأىٰ من مالك الدابة ، فكان يراه يزيد ، فسكت ، ولم ينكر ، فحكم أجرة المثل ، وضمان الدابة لو تلفت كما ذكرناه ، وسكوتُ المالك علىٰ سبب الضمان ، لا يغيّر حكمَ وجوبه .

٥٢٧٥ـ ولو اكتال المكتري وزاد ، ولـٰكنه سلّم إلى المكري ، حتىٰ تولى الحملَ بنفسه، وكانت اليدُ له في دابته، قال الأئمة: إن كان المكري عالماً بما جرىٰ، فلا يستحق للزيادة أجرَ المثل ؛ فإنه/ تعاطىٰ حملها ، ولو تلفت الدابة ، فلا يستحق ضماناً على المكتري؛ فإن المالك هو الذي تعاطىٰ سببَ الهلاك بنفسه، مع العلم بحقيقة الحال. ١٤٨ ش

وهـٰذا الذي ذكروه في نفي الضمان سديدٌ ، فأما نفي أجرة المثل في الزيادة ، ففيه نظر ، ولا أقل من أن يُحمَلَ ذلك على استعمال إنسان ، أو استعمالِ دابته من غير ذكرِ الأجرة ، وفي ذلك تفصيل سيأتي مشروحاً، إن شاء الله عز وجل .

فأما إذا زاد المكتري ، وسلّم إلى المكري ، فحمل المكري على الدابة ، مع الجهل بحقيقة الحال ؛ فقد قيل : يستحق الأجرة[1] في مقابلة الزيادة ، ويثبت الضمان لو تلفت الدابة ؛ فإن المكري لم يرض بهـٰذه الزيادة إذا[2] كان جاهلاً بها .

٥٢٧٦ـ وهـٰذا فيه فضل نظر . فأما الضمان ، فقد تعاطى المالك بنفسه حَمْلَ الزيادة

---

(١) هنا خلل غريب في سياق نسخة (د١) ، فقد أقحمت في السياق إحدىٰ عشرة ورقة ، ومن العجيب أن الخلل ليس في رؤوس الصفحات ، فقد انتقلت من ص٣٩ س١ من منتصفه ، إلىٰ ص٥٠ س١ من نهايته ، مما يشهد بأن الخلل كان في الأصل المنقول عنه ، وليس من عمل ناسخ نسختنا هـٰذه (د١) وهـٰذا المقدار (إحدىٰ عشرة ورقة) يشهد بأن سبب الخلل أن ناقل الأصل المنقول عنه ، وضع كراسة كاملة في غير مكانها ، ونسخها في غير سياقها ، فقد كانوا يقسمون الكتاب إلىٰ كراسات كل كراسة عشر ورقات ، وهـٰذا بعينه نظام الملازم الذي يتبع الآن في المطابع ، حيث يقسم الكتاب إلىٰ ملازم ، كل ملزمة ثماني ورقات .

(٢) في الأصل ، كما في (د١) : إذا .وهي بمعنى (إذ) وهو استعمال سائغ، كما أشرنا إلى ذلك مراراً.

على الدابة ، فوُجد منه سببُ التلف مباشرة ، ولـٰكنه كان مغروراً من جهة المكتري ، فيجب تخريج ذلك علىٰ قولي الغرور ، كما تكرر مراراً . فأما لزوم أجر المثل في الزيادة ، ففيه احتمالٌ أيضاً علىٰ بُعدٍ ؛ فإنه لم يجرِ لتلك الزيادة ذكرٌ ، والظاهر لزومُ أجر المثل ؛ فإن الزيادة حُملت في ضمن عقد معاوضة ، وليس كالعمل المطلق ، حيث لا يجري ذكر الأجرة .

٥٢٧٧ـ ثم إذا تلفت الدابة بآفةٍ تحت يد مالكها ، وما تلفت بسبب الحمل ، فلا يجب ضمان الدابة أصلاً . وإن كان تلفُها بسبب الحمل الثقيل ، واتفق التلف في يد المالك ، ففي مقدار الواجب **قولان** : **أحدهما** ـ أنه يجب نصف الضمان ، ولا ينظر إلىٰ مقدار الزيادة ، قل أو كثر ، **والقول الثاني** ـ أنا نوزع قيمة الدابة على المحمول المستحق وعلى الزائد، ونوجب ما يخص الزائد ، فإن كان جزءاً من أحد عشر جزءاً ، وجب ضمان جزء من أحدَ عشر جزءاً من القيمة ، وإن كان أقلَّ أو أكثر ، فبهـٰذا الحساب .

وهـٰذان القولان بناهما الأصحاب على القولين في أن الجلاد إذا زاد على الحد سوطاً أو أكثر ، وهلك المحدود ، ففيما يلتزمه الجلاد **قولان** : **أحدهما** ـ أنه يلتزم شطرَ الضمان . **والثاني** ـ أنه يلتزم جزءاً من الأجزاء ؛ فإن كان الحدُّ ثمانين ، فزاد سوطاً ، التزم جزءاً من أحد وثمانين جزءاً من الدية . وعلىٰ هـٰذا البابُ وقياسُه ، إن كثرت الزيادةُ ، أو قلَّت . ومن يُوجب الشطرَ يطردُه فيه إذا كثرت الزيادة ، وزادت على المقدار المستحق .

٥٢٧٨ـ ولا خلاف أن الجراحات إذا تعددت من شخصين ، وآل الأمر إلى التوزيع ، وكان جَرَحَ أحدُهما/ مائةَ جراحة ، وجَرح الثاني جراحةً واحدةً ، فالدية عليهما نصفان ، والسبب فيه أن آثار الجراحات تتفاوت تفاوتاً عظيماً ، وربما يكون أثرُ الجراحةِ الواحدةِ أكثرَ من أثر مائةِ جراحة ، وإذا كان الأمر كذلك ، فلا نظر إلىٰ أعداد الجراحات ، ولا سبيل إلى استدراك أغوارها ، فالوجه التوزيعُ علىٰ رؤوس الجناية ، وأما الزيادةُ على الجلدات المستحقة ، فإنها خارجة على القولين ، فهي في قولٍ : كالجراحات ، والمتبع التشطير ، وفي قولٍ : يقع التوزيعُ على الأعداد ؛ فإن آثار

ي١٤٩

الجلدات لا تتفاوت ، بخلاف الجراحات والزيادة في الحمل ملحقةٌ بالجلدات .

وذهب بعضُ المحققين إلىٰ أن الأولى القطعُ بالتوزيع في الزيادة المحمولة على الأجزاء ؛ فإنها لا تتفاوت قطعاً ، والسياط يقدّر فيها تفاوت ، وهـٰذا حسنٌ . ولـٰكن الطريقة المشهورة تخريج القولين بناءً على الجلدات .

٥٢٧٩ـ وكل ما ذكرناه في زيادةٍ تتحقق ، فأما إذا كانت تلك الزيادة بحيث يقع مثلُها من الكيلين ، فلا حكمَ ، ولا وقعَ لها ؛ فإنها غيرُ متحققة ، وقد يعاد الكيل مرة أخرىٰ ، فلا تظهر الزيادة ، وقد يظهر نقصان .

٥٢٨٠ـ وما ذكرناه فيه إذا زاد المكتري والمكري [مغرور][(١)] ، وقد حمل بنفسه .

وقد يحمل المكتري بنفسه ، واليدُ في الدابة [للمكري][(٢)] ، فحكم الأجرة والضمان علىٰ ما ذكرناه ، وهـٰذه الصورة تقع مقطوعاً بها ، في أجرة المثل ، في الزيادة ، وفي أصل الضمان . ثم القولان في مقداره علىٰ ما ذكرناه ، ولا حاجة إلىٰ تخريج الضمان علىٰ قاعدة الغرور ؛ فإن المكتري قد تولىٰ بنفسه حملَ الزيادة .

والذي يجب التنبيهُ له في تفاصيل المسألة أن لا يُصوّرَ حملُ الزيادة والدابة في يد المكتري ؛ فإنها لو كانت تحت يده ، فيصير بنفس حمل الزيادة غاصباً ، ولو تلفت الدابة بسبب آخر ، وجب كمال الضمان ، فكذلك بسبب الحمل ، فليقع التصوير فيه إذا كانت الدابة في يد مالكها .

٥٢٨١ـ فأما إذا تولى المكري الكيلَ وكان المكتري فوّض إليه أن يكيل القدرَ المشروط ، ويحملَه ، فزاد المكري وحمل أكثر من المشروط ، فنقول : لا يستحق في مقابلة الزيادة أجرةً ، ولو تلفت الدابة بسبب الحمل ، (٣) فلا ضمان (٣) ، وتعليله بيِّنٌ .

٥٢٨٢ـ ويطرأ في المسألة شيء آخر ، وهو أن المكري نقل شيئاً من حنطةِ المكتري

---

(١) في الأصل : معذور .

(٢) في الأصل : للمكتري .

(٣) ما بين القوسين سقط من (د١) .

إلىٰ بلدةٍ أخرىٰ ، من غير إذنه ، فكان حكمه فيما فعل حكمَ الغاصب .

ونحن نذكر ما يتعلق بذلك . ونقول :

ش ١٤٩ **أولاً-** يجب على الناقل/ أن يرد تلك الزيادة إلى الموضع الذي نقلها منه ؛ جرياً علىٰ وجوب ضمان الرد ، فلو ظفر صاحب الحنطة بالناقل في المكان الذي نقل عنه ؛ فإنه يلزمه مثلُ حنطته ، لمكان الحيلولة التي أوقعها ، وقد جرىٰ سبب الضمان في هـٰذا المكان ابتداءً ، فهو كما لو أتلف حنطةً ، فظفر صاحب الحنطة بالمتلِف في مكان الإتلاف ؛ فإنه يغرمه المثلَ ، ثم لا تنقطع الطَّلِبةُ عن الناقل بهـٰذه الغرامة ، بل هو مطالب برد تلك العين التي نقلها إلىٰ موضعها ، ولا فرق بين أن تكثر المؤنة ، أو تقل ، فإذا ردّها ، فإنه يسترد ما كان بذله ، والقول في أنه يسترد عينَه ، إن كانت باقيةً ، كما تقدم في المغصوب منه ، إذا أبق العبد المغصوب وغرم الغاصبُ للمالك قيمتَه ، لمكان الحيلولة ، فإذا رجع العبدُ ، وعينُ تلك القيمة باقية ، فهل يستردّها ؟ فيه تفصيل قدمتُه .

٥٢٨٣- ولو ظفر صاحب الحنطة في مسألتنا بالناقل في البلدة التي نقل إليها ، فلو قال المتعدي بالنقل : خذ حنطتَك ، فإن أخذها مالكها ، فلا كلام ، ولو طلبها من الناقل ، وجب عليه ردُّها عليه ، وإذا قبضها ، انقطعت مؤنة الرد ، فلو بدا لمالك الحنطة ، فقال : ردّها الآن من يدي إلى المكان الذي نُقلت عنه ، فالظاهر أنه لا يلزمه ذلك ؛ فإنّ قبضَه قد تم في [الملك][1] ، فكان ذلك قطعاً للمادّة ، واستئصالاً لتبعة الطّلبة ، وإبراءً عن مؤنة الرد .

وفي المسألة احتمالٌ علىٰ تأويلِ أنه يقول : لست أثق بيدك في عين مالي ، فاليد لي ، والْتزم النقلَ .

٥٢٨٤- ولو لم يقبل منه الحنطة في تلك البلدة ، وقال : الْتزم ردَّها إلىٰ مكانها ، فله ذلك .

فلو قال الناقل : خذها إليك ، وأنا أنقلها في يدك ، فللمالك أن يمتنع ، ويقول :

---

(١) في الأصل : ملك .

لو قبضتُها ، لكانت مؤنة الحفظ عليّ ، ولو تلفت في يدي ، لسقط الضمان ، فكن أنت الملتزمَ لذلك كله .

٥٢٨٥ـ ثم لو قال المالك ، والحالة هـٰذه : اغرم لي علىٰ مقابلة الحيلولة ، فله ذلك ؛ فإن الحنطة ، وإن كانت حاضرةً ، فهي بمثابة الغائبة للوجوه التي ذكرناها ، ثم لا يغرّمه مثلَها ؛ إذ يستحيل أن يغرّمه المثلَ ، وعينُ ماله قائمة ، ويعسر عليه نقل المثل ، كما يعسر عليه نقلُ العين ، فلا يغرّمه إلا القيمة . ثم إذا ردّ الحنطةَ إلىٰ مكانها ، استرد القيمة .

٥٢٨٦ـ وكان شيخي يقول : يغرّمه أرفعَ قيمةٍ من مكان النقل ، إلىٰ حيث انتهت ؛ فإن العدوان مطّردٌ في هـٰذه الأماكن جملتِها ، ولا مكان منها وإلا للمالك طلبُ حنطته إن صادف ناقلَها فيه مع الحنطة ، وله طلب/ قيمتها في ذلك المكان ، حملاً علىٰ تكليفه نقلَها إلى الأول، الذي نقلها منه ، فينتظم من مجموع ذلك إيجابُ أقصى القيم . ١٥٠ ي

٥٢٨٧ـ وقد مهدنا في كتاب الغصوب في ظاهر المذهب أصلاً ، فقلنا : إذا أتلف رجل مثلياً في مكان ، ثم ظفر المتلَفُ عليه بالمتلِف في غير مكان الإتلاف ، فالمذهب الظاهر أنه لا يطالبه بالمثل ، وإنما يطالبه بقيمة مكان الإتلاف . وما ذكرناه في هـٰذا الفصل مباينٌ لذلك الأصل ؛ فإن الحنطة في عينها فائتةٌ ، واقتضى الترتيب علىٰ ما رآه الأصحاب ألا نُغرّمَه المثلَ في غير مكان الإتلاف ، والحنطة قائمة في مسألتنا ، فجرىٰ ما مهدناه من غرامةِ المثلِ والقيمةِ علىٰ ترتيبٍ يخالف الإتلاف ، ويكفي في ذلك التنبّه والتأمل .

٥٢٨٨ـ ولو جرىٰ نقلُ تلك الحنطةِ الزائدةِ من ثالثٍ ، مثل أن يُفوّض المكتري الكيلَ إلىٰ إنسانٍ ، فيزداد ويحملَ أكثر من المشروط ، فالكلام في أجر المثل والضمان في الدابّة لو تلفت معلّقٌ بهـٰذا الثالث ، فيغرَم أجرَ المثل في الزائد ، وفي الضمان عند فرض التلف اختلافُ القول ، كما تقدم .

وللمالك أن يكلفه ردَّ الزيادة إلى البلد المحمول عنه ، كما ذكرناه في حق المكري إذا كان هو الناقل .

٥٢٨٩ـ ومما يتعين [التصوير][١] عنه في أطراف المسألة ألا تُفرض اليدُ عند فرض حمل الزيادة للضامن ؛ فإن اليدَ لوْ كانت له ، ونقدِّر التلفَ في الدابة وجب ضمانُ تمام القيمة ، لأنه بنفس حمل الزيادة ، صار في حكم الغاصب للدابة ، وإذا كان كذلك ، فإذا كانت اليد للمكتري ، وهو الحامل ، ضمن تمام القيمة ، وإنما يختلف القول في مقدار الضمان ، مع القطع بأن جميع القيمة لا تلزم إذا كانت اليد في الدابة للمكري ، فإذا فرضنا ثالثاً ، فينبغي أن يكون منصوباً من جهة المكري ، ثم ينبغي أن تكون يده مع يده ؛ إذ لو انفرد باليد ، لضمن تمامَ القيمة إذا اعتدىٰ بحمل الزيادة ، ثم لا نظر إلىٰ صدور ذلك عن أمر المكتري ؛ فإن الأمر بالعدوان من غير إكراهٍ لا يُثبت على الآمر ضماناً .

فخرج من ذلك أن الثالث إذا انفرد باليد ، ثم نفقت الدابة ، ضمن تمام قيمتها ، إذا كان هو الحامل للزيادة بالأمر [أو بغير][٢] الأمر ، وإن كانت اليد للمكري ، فإذ ذاك يضطرب القول في مقدار الضمان .

فَصْل

قال : « ومعلّم الكتّابِ ، والآدميين ، مخالف لراعي البهائم. . . إلىٰ آخره »[٣] .

٥٢٩٠ـ هـٰذا الفصل يجمع قواعدَ المذهب في بيان التلف الذي يُفضي إليه ضربُ جنسُه مأذونٌ فيه . والوجه/ أن نرسل المسائل ، فنذكرَ ما يتعلق بالمذهب فيها ، ثم نحرص علىٰ ضبطها ، كصنعتنا في أمثالها .

ش ١٥٠

فنقول :

٥٢٩١ـ لمعلّم الصبي أن يؤدِّبه إذا مست الحاجةُ إلىٰ تأديبه ، وعليه التحفظ عما

---

(١) في الأصل : التصور ، والمثبت من (د١).
(٢) في الأصل : لو تغير الأمر .
(٣) ر . المختصر : ٣/ ٨٨ .

يؤدي إلىٰ هلاكه ، أو تعييب عضوٍ من أعضائه ؛ فإن تأديبَه في الشرع ، مشروطٌ بالسلامة . ولو كانت العرامة[١] التي به لا تزول بالضرب الخفيف ، وكان يظهر أن إمكانَ زوالها يقتضي ضرباً عنيفاً مخوفاً ، فلا يجوز أن يُضرب ضرباً عنيفاً ، وإن كان زوال العرامة موقوفاً عليه .

فإن فرض تأديبٌ لا يقصد في ظاهر الظن بمثله الإهلاكُ ، فاتفق التلف منه ، تعلق الضمان به . فإن قال المؤدب : قد اقتصدتُ ، واقتصرتُ علىٰ حدّ الأدب ، فقد جوزتم لي هٰذا القدرَ ، فلم تثبتون الضمان فيما جوزتموه ؟ قلنا : لا يتصور التلفُ إلا بمجاوزة الحدّ في كيفية الضرب ، أو مقدارِه ، أو محلِّه ، أو زمانه ، وقولُ القائل وقع التلفُ وفاقاً عريٌّ عن التحصيل ؛ فإن القتلَ لا يقع وفاقاً إلا بمجاوزة حدٍّ من الحدود التي أشرنا إليها . ثم إذا حصل التلف، وبان أن سببَه مجاوزةُ الحد ، وكان التأديب مشروطاً بتوقي [التَّلف][٢] ، وجب الضمان .

٥٢٩٢ـ ثم ما جرىٰ شبهُ عمدٍ ، ولا يخفى الكلامُ في متعلّق ضمانه ، فالدية على العاقلة ، وهي مغلظةٌ ، والكفارة على الضارب .

٥٢٩٣ـ والزوج إذا أدّب زوجتَه ، فالكلام فيه علىٰ نحو ما ذكرناه .

٥٢٩٤ـ ولو كان أذن الولي للمؤدب في الضرب العنيف ، فلا حكم لإذنه ، مع نهي الشرع عنه ، ولا يتعلق بالولي الضمانُ لإذنه .

٥٢٩٥ـ وأبو حنيفة[٣] رضي الله عنه لا يوجب الضمانَ في تأديب الصبي إذا أفضىٰ

---

(١) العرامة : الشراسة والشدة ، من قولهم : عَرُم فلان يعرُم (بالضم فيهما) عرامةً وعُراماً إذا شرس واشتد . (المعجم) .

(٢) في الأصل : المتلف .

(٣) قال السرخسي في المبسوط (١٦/ ١٣) : «فإن ضربه بغير إذن الأب، فلا إشكال في أن يكون ضامناً ، وإن ضربه بإذن الأب ، فلا ضمان عليه في ذلك؛ لأنه غير متعدٍ في ضربه بإذن الأب . ولو كان الأب هو الذي ضربه بنفسه فمات ، كان ضامناً في قول أبي حنيفة ، ولا ضمان عليه في قول أبي يوسف ومحمد ، وهما يدعيان المناقضة علىٰ أبي حنيفة فيقولان : إذا كان الأستاذ لا يضمن باعتبار إذن الأب، فكيف يكون الأب ضامناً إذا ضربه بنفسه ؟ لـٰكن أبا حنيفة رحمه الله =

إلىٰ إهلاكه ، مَصيراً إلىٰ أن المرعي مصلحته ، وأوجب الضمانَ على الزوج إذا أدّب زوجتَه ، وأهلكها ، وقال : مطلوب الزوج أن تصلح الزوجةُ له ، فإذا هلكت ، ضمنها .

وهـٰذا كلامٌ ساقط ؛ فإن التأديب المهلك ، لا استصلاح فيه .

٥٢٩٦ـ ولو سلّم مالكُ العبد عبدَه إلىٰ من يعلّمه ، وسوغ له من تأديبه ما يسوغه الشرع ، فالقول في وجوب الضمان إذا أدى التأديب إلى التلف ما ذكرناه في الصبي .

ولو أذن له المالك في الضرب العنيف المخُوف ، فإذا ارتسم المأمورُ رسمَه ، ولم يتعدّه ، فأدىٰ إلى التلف ، لم يضمنه لمالكه ، وإن تعدىٰ ، وظلم ؛ فإن حق المالية في رقبة العبد للمولىٰ .

ولو أباح دمَه ، لم يحلّ للمأمور بقتله أن يقتله ، ولـٰكن لو قتله ، لم يضمنه .

٥٢٩٧ـ ولو عزر السلطانُ في أمرٍ/ يتعلق بحق الله وأدى التعزيرُ إلى التلف ، وجب الضمان. ثم في محله قولان : **أحدهما** ـ أن محلّه عاقلتُه المختصون به . **والثاني** ـ أن محله بيتُ المال . وسيأتي شرح ذلك في موضعه، إن شاء الله ـ ولـٰكن إذا انتهىٰ نظمُ كلامٍ إلىٰ حكمٍ ، فلا بد من الرمز إلىٰ أصله ، مع إحالة البيان علىٰ موضعه .

ي ١٥١

ثم إن أوجبنا الضمان علىٰ عاقلته ، فالكفارةُ يختص وجوبها به ، لا تحملها العاقلةُ . وإن ضربنا الغرمَ علىٰ بيت المال ، ففي ضرب الكفارة عليه قولان ، سيأتي ذكرهما ، ومأخذ وجوب الضمان أن التعزير لحق الله تعالىٰ يجري مجرى التأديب ، وهو مشروط بالسلامة .

= يقول : ضربُ الأستاذِ لمنفعة الصبي لا لمنفعة نفسه ، فلا يوجب الضمان عليه إذا كان يأذن وليه ، فأما ضرب الأب إياه لمنفعة نفسه؛ فإنه يغير سوء أدب ولده، فيتقيد بشرط السلامة ، كضرب الزوج زوجته لما كان لمنفعة نفسه ». اهـ .

والواقع أنه لا مناقضة في كلام أبي حنيفة رضي الله عنه ، حيث علق الحكم بالمصلحة ، فمن يؤدب لمصلحة نفسه كالأب والزوج يضمن ، ومن يؤدب لمصلحة غيره بإذنه كالمعلم ، لا يضمن . علىٰ حين علّق الآخرون الحكم بالإذن ، وقد ألمع إلىٰ هـٰذا السرخسي رحمه الله .

٥٢٩٨ـ واختلف أئمتنا في أن التعزير إذا وجب حقّاً للآدمي ، فأقامه الإمام لأجله ، فأدىٰ إلى التلف مع الاحتياط في الاقتصاد ، فهل يجب الضمان ؟ والأصح القطعُ بوجوب الضمان ، والمصيرُ إلىٰ نفي الضمان ذهولٌ عن حقيقة مذهبنا ، كما سنصفه عند خوضنا في ذكر ضابط المذهب في المسائل .

٥٢٩٩ـ فإن قيل : من أصلكم أن سِرايةَ القصاص ليست مضمونة ، وإن كان مستحقُّ القصاص[١] بالخيار في استيفاء القصاص ، وليس محمولاً عليه بقهر شرعي ، فما المتّبعُ في هـٰذه المسائل ؟

قلنا : قد ظن من لا يحيط بمأخذ الكلام أن المذهب مُدارٌ في النفي والإثبات علىٰ كون سبب الإتلاف مقدَّراً أو غيرَ مقدَّر ، وزعم أن التعزير اقتضى الضمانَ ، من حيث إنه لا يتقدّر ، فالأمر فيه مفوّضٌ إلى اجتهاد المعزِّر ، والقصاص في حكم الأفعال المقدّرة المحدودة ، ولا اجتهاد فيها ، فإذا أفضىٰ إلى التلف ، لم ينتسب المقتصُّ إلى الخطأ في الاجتهاد .

وهـٰذا كلام غيرُ بالغٍ في مقصوده ، وإن كان تحويماً علىالحق[٢] .

٥٣٠٠ـ والمتبع في الباب فَهْمُ الشرع علىٰ وجهه ، فحيث ينهى الشرعُ عن السبب المتلِف ، ويأمر بالاقتصار علىٰ ما لا يُتلف ، فإذا فُرض التلف ، فقد تعدّى الضارب ما رُسم له ، مخطئاً ، أو عامداً ، فإذا أباح الشرعُ سبباً متلفاً ، لم يتعلق به الضمان . والاقتصاص من الأسباب المتلفة ، ثم لا يختلف ذلك بالوجوب والإباحة ، ولا يختلف بكونه مضبوطاً ، أو محالاً على الاجتهادِ والنظرِ ، بدليل أن من دفع صائلاً علىٰ[٣] نفسه ، أو ماله ، فمقدار الدفع يتقيد بقدر الحاجة ، وليس فيها ضبطٌ شرعي ، وتقديرٌ محسوس ، ثم ما يُفضي إلىٰ تلف الصائل لا يُعقب ضماناً ؛ لأن الشرع سلّط

(١) (دا) : وإن كان المقتص بالخيار .
(٢) في (دا) : تحويماً عليه .
(٣) (دا) : عن . و (على) تأتي بمعنى (عن).

ش ١٥١ على القدر المتلف عند الحاجة ، ثم لا يضرّ أن يكون ذلك مظنوناً ؛ فإن معظم/ مسائل الدماء تتعلق بالظنون .

ويُخرّج على القاعدة التعزيرُ ؛ فإنه لم يَثبت مُهلكاً ، وإنما أُثبت أدباً يستبقي المؤدَّب ، فإذا أهلك ، أثبت الضمانَ .

ومن أخذ هـٰذا من أن التعزير لا يجب ، تعرّض كلامُه للانتقاض بالقصاص ، ومن فرّق بين التعزير [الذي يجب لحق الله تعالىٰ ، وبين التعزير الذي يجب للآدمي ، فقد اضطرب عن مأخذ هـٰذا الأصل ؛ فإن الشرع لم يثبت التعزير][1] لحق الآدمي إلا أدباً ، بمثابة تعزير الزوج زوجته . وهـٰذا أصل جليٌّ ، فليتبعه الناظر .

٥٣٠١ـ وإذا سلم المكري الدابة إلى المكتري ، فكان المكتري يزجيها ويضربها ، فهلكت ، أو عابت ، فإن عدّ مقتصداً ، فلا ضمان .

فإن قيل : كيف يُخرّجُ هـٰذا على الحد الذي ذكرتموه ، وقتل البهيمة ممتنع شرعاً ؟ قلنا : الأسباب التي أذن الشرع فيها في البهائم مهلكاتٌ ، أو أسباب في الهلاك ؛ فإن تحميل البعير العبء الثقيل على الاعتياد في مثله ، وجَوْب البوادي عليه ، على الظمأ ، مع التَّزجية بالضرب المعتاد ، مما لا يندر الهلاكُ منه ، فالإذن فيه من المالك إذنٌ في سبب الإهلاك .

٥٣٠٢ـ ومما يجب التنبه له في هـٰذا المنتهىٰ أن المتمادي في كلامه إذا قال : لا يجوز السعي في إهلاك البهيمة ، رُدّ عليه قوله بما ذكرناه ، وقيل له : أباح الشرعُ قتلَ كثيرٍ من البهائم لحاجة الآدميين إلىٰ أكل لحومها ، فتحميلها المشاقَّ في معنى الإذن في إهلاكها ، ولـٰكن على اقتصادٍ معتادٍ .

فإن لم يقنع السائل وقال : كيف يرضىٰ مالك الدابة النفيسة بإهلاكها وحظه من كِراها مقدارٌ نزرٌ ؟ قلنا : مثل هـٰذه الدابة لا تتلف إلا بسَرفٍ ، فلا جَرَم يجب الضمان . والتلفُ إنما يقع في الدابة الضعيفة ، أو المئوفة[2] ، والإذن في تحميلها إذنٌ في سبب

---

(١) ما بين المعقفين سقط من الأصل .

(٢) المئوفة : شيء مئوف وزان رسول ، والأصل مأووف علىٰ مفعول ، لـٰكنه استعمل على =

تلفها ، أو تعيّبها ، فقد خرج ما ذكرناه على القاعدة خروجاً بيّناً .

٥٣٠٣ـ فإن قيل : إذا تعدى المكتري ، وجاوز حدّ الحاجة ، فتلفت الدابة ، فقد حصل التلف بما له أن يفعله ، وبما ليس له أن يفعله ، فهلا قسَّطتم الضمان ، وحططتم بعضَه علىٰ مقابلة ما يجوز فعله ؟ وتقريب القول فيه أن ضرباتٍ معلومة لو فرض الاقتصار عليها ، لعد الضارب مقتصداً ، فإذا زاد ، عُدَّ مجاوزاً ، فقد حصل التلف بما يجوز وبما لا يجوز ؟

قلنا : إن كان المكتري منفرداً باليد ، فيصير بأول العدوان غاصباً ، والغاصب يضمن ليده ، وإن لم يصدر منه إتلافٌ .

وإن كانت الدابة في يد مالكها ، وكان المكتري يزجيها ، فزاد علىٰ حد الاقتصاد ، فهـٰذا موضع السؤال ، فإنه لا يضمن ليده ، وإنما يضمن لفعله .

٥٣٠٤ـ والذي قطع الأصحاب به وجوبُ تمام الضمان ؛ والسبب فيه أن القدرَ الذي لو اقتصر عليه ، لكان مقتصداً إنما يكون/ مأذوناً فيه من المالك بشرط الاقتصار عليه ، فإذا جاوزه ، فقد خرج أصل الضرب عن الإذن . فهـٰذا بيّنٌ في فنِّه . ولـٰكنّ الاحتمالَ متطرقٌ إليه من طريق المعنىٰ ؛ لأن الفعل المقتصد منفصلٌ عن الزائد ، فكان لا يبعد في القياس التقسيطُ إذا لم يكن سببُ الضمان اليدَ ، كما نبهنا عليه . وهـٰذا بمثابة الزيادة على الجلد في الحدّ .

١٥٢ ي

ولنا أن نعتصم بتأديب المؤدب ، وتعزير المعزّر ؛ من جهة أن الهلاك يحصل بالقدر الزائد ، ثم يجب تمام الضمان .

ولم نُبد الاحتمالَ الذي ذكرناه ليكون مذهباً وإنما ذكرناه للتنبيه علىٰ وجوه الكلام .

٥٣٠٥ـ وإذا تعدّى الأجير في فعله ، وزاد على الحد المطلوب ، وأتلف العين التي استؤجر لإيقاع الفعل فيها ، وجب كمالُ الضمان ؛ تخريجاً علىٰ هـٰذه القاعدة . ثم الضبط في هـٰذا القبيل يستدعي الربطَ بالخروج عن التقدير ، فإذا كان كذلك ، وثبت

= النقص . والمئوف هو من أصابته آفة (المصباح) .

النهي عن سبب الإتلاف ، وفوّض القدر إلى المتعاطي ، فلا تقسيط إذا تعدّى الحدَّ أصلاً .

هـٰذا منتهى الكلام في غرض الفصل .

فَصْلٌ

قال : « ولو اختلفا في ثوب ، فقال ربُّه : أمرتك أن تقطعه قميصاً . . . إلىٰ آخره »[1] .

٥٣٠٦ـ إذا دفع مالكُ الثوب الثوبَ إلىٰ خياطٍ ليخيطه ، فخاطه قَبَاءً ، ثم اختلفا ، فقال صاحب الثوب : أمرتك بأن تخيطه قميصاً ، وقال الخياط : بل أمرتني بأن أخيطه قَباءً ، فقد حكى **الشافعي** من قول ابن **أبي ليلىٰ**[2] أن القول قولُ الخياط ، وحكىٰ من مذهب **أبي حنيفة**[2] أن القول قولُ رب الثوب ، ورجَّحَ مذهبَ **أبي حنيفة** ورآه أوقع ، ثم قال : « وكلاهما مدخول » ، فأشار إلىٰ قولٍ ثالثٍ في المسألة ، وقد نصّ في **الأمالي** علىٰ أنهما يتحالفان .

وهـٰذا هو القول الثالث الذي أشار إليه هاهنا .

واختلف أئمتنا : فمنهم من قال : مذهب **الشافعي** التحالف ، وما سواه حكاه مذهباً لغيره .

ومن أصحابنا من أثبت **للشافعي** ثلاثة أقوالٍ ، وأخذ ذلك من ترجيحه مذهبَ **أبي حنيفة** علىٰ مذهب ابن **أبي ليلىٰ** ، وهـٰذا يشعر بتردده في القولين ؛ فإن من يُفسد القولين لا يرجّح أحدهما على الثاني .

فليقع التعويل علىٰ طريقة الأقوال ، ونحن نوجهها ونفرع عليها .

---

(١) ر . المختصر : ٣/ ٨٩ .

(٢) ر . المبسوط : ١٥/ ٩٦ ، وبدائع الصنائع : ٤/ ٢١٩ ، واختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلىٰ : ١٠٦ ، ومختصر اختلاف العلماء : ٤/ ٩٨ مسألة : ١٧٧٩ .

٥٣٠٧ـ فمن قال : القولُ قول الخياط ، احتج بأن أصل الإذن متفقٌ عليه ، والأجير مؤتمن فيما أُمر به ، وصاحب الثوب يبغي تضمينَه ، والأصل براءةُ ذمته .

ومن قال : القول قول رب الثوب ، احتج [بأنه][١] الآذن ، ولو أنكر أصلَ الإذن ، يصدّق مع يمينه ، فالقول في تفصيل الإذن قوله . والذي يوضّح الحقَّ أنه إذا ثبت الرجوع إلىٰ قوله في أصل الإذن ، فإنه ينكر أصلَ الإذن في قطعه قباءً/ . ١٥٢ ش

[فهـٰذا][٢] وإن سمي تفصيلاً ، فهو أصلٌ متنازع فيه نفياً وإثباتاً ، فليقع الرجوع إلى الآذن .

ومن قال : يتحالفان ، احتج بأن سبب التحالف بين المتعاقدين الاختلافُ في المعقود عليه ، وتعرُّضُ كلِّ واحدٍ منهما لكونه مدعياً من وجهٍ ومدعىً عليه من وجهٍ . فإن نظرنا إلى المنفعة المعقود عليها ، فهي على التنازع ، وكل واحد مدّعىً ومدعىً عليه ، فالمالك يدعي جنايةَ الخياط ، ويُدّعَىٰ عليه الإذن ، والخياط يدعي إذنَ المالك ويُدّعَىٰ عليه الجناية ، ومجموع ذلك يقتضي التحالفَ ؛ إذ ليس أحدهما أولىٰ بالتصديق من الثاني .

فإذا توجهت الأقوال ، فرعنا عليها .

٥٣٠٨ـ فإن قلنا : القول قول الخياط مع يمينه ، فقد قال الأصحاب : إنه يحلف بالله ما أمره بقطع الثوب قميصاً ، وإنما أمره بقطعه قَباءً ، فيشتمل اليمين على النفي والإثبات .

فإن قيل : هلا اقتصر على النفي ؟ قلنا : نفي الأمر بقطعه قميصاً لا ينفعه في نفي الجناية ، فإن نفي الجناية ادّعاها ربُّ الثوب ؛ من حيث قطع الثوبَ قَباء ، فلم يكن بدٌّ من التعرض لنفي ذلك ، وسبيل نفي الجناية إثباتُ الإذن ، فإن كان لهـٰذا إشكال ، فهو من إشكال القول ، وإلا ، [فلا][٣] طريق في تفريعه ـ غيرُه إذا اعتمد أصله . ثم من

---

(١) في الأصل : بأن .
(٢) في الأصل : هـٰذا .
(٣) في الأصل : فطريق في تفريعه غيره .

حكم يمينه أنه لا يغرم لرب الثوب أرشَ النقصان .

٥٣٠٩ـ ويقع النظر وراء ذلك في استحقاق الأجرة .

وقد اضطرب طريق الأصحاب فيه ، فالذي صرح به **شيخي** ـ وهو مقتضىٰ ما ذكره **الصيدلاني** وغيرُه ـ ذكرُ الاختلاف في أنه هل يستحق الأجرة المسماة إذا حلف ؟

وقال **العراقيون** : لا يستحق الأجرة المسماة وجهاً واحداً ، وهل يستحق أجرَ مثل عمله ؟ فعلىٰ **وجهين**، فنوجه الخلافَ في استحقاق الأجرة ، ثم نبين ما صار إليه **العراقيون** من الفرق بين الأجرة المسماة وأجرة المثل .

فالتوجيه في الأصل : من قال : لا يستحق الأجرةَ ، قال : يكفيه أن تنفي يمينُه الغرمَ عن نفسه ، فأما أن يُتوصل بها إلى استحقاق ما يدّعيه ، فهو بعيد عن [نظم][1] الخصومة .

ومن قال : إنه يستحق الأجرَ ، احتج بأن أصلَ الأجرة متفق عليه ، وإنما الكلام في تعيين العمل ، وبينهما عملان يتنازعان فيهما ، ومن ضرورة انتفاء الغُرْم عن الأجير ثبوتُ الإذن في العمل الذي صدر منه . فإذا ثبت كونه مأذوناً فيه ، وقد تقرر أن العمل المأذون فيه مقابَلٌ بالأجرة ، فتثبت الأجرة .

٥٣١٠ـ هٰذا أصل التوجيه . والذي صار إليه **العراقيون** من الفرق بين المسمىٰ وأجرة المثل مُنقدح ؛ فإن الأجرة المسماةَ قد تزيد علىٰ أجرة المثل ، فإثباتها بقولِ من يدّعيها بعيدٌ ، [ويبعد أن يحبَطَ تعبُ العامل][2] إذا ثبت كونُه مأذوناً فيه ، فالإنصاف أن ألا يزيد علىٰ أجر/ المثل . ي ١٥٣

ومن يُثبت الأجرةَ المسماةَ يقول : سبب ثبوت الأجرة أنها متفقٌ عليها ذكراً ، وقد انتفى العدوان بيمينه ، وتعيّن بانتفائه وقوعُ الفعل مأذوناً فيه ، ومساق ذلك يُثبت الأجرة المسماةَ ، إن كنا نرىٰ إثبات الأجرة .

---

(١) في الأصل : تعلّم .
(٢) في الأصل : ولا يمتنع ألا يحبط تعب العامل .

ومما يجري في [خلل][1] الكلام ، أن من أثبت أجرة المثل ؛ فإنه يقول لا محالة : إن كانت المسماة أقلَّ منها ، فليس للخياط إلا الأجرةُ المسماة ؛ فإنه ليس يدّعي أكثر منها ، فيستحيل أن يستحق أكثر من المدَّعَىٰ .

التفريع علىٰ ما ذكرناه في الأجرة :

٥٣١١ـ فإن حكمنا باستحقاقها ، فلا كلام ، واستقلت يمين الخياط بنفي الغُرم ، وإثبات الأجرة .

وإن قلنا : لا يستحق الأجرةَ ، فله أن يعرض اليمين في طلب الأجرة علىٰ رب الثوب ، فإن حلف رب الثوب ، انتفت الأجرة في ظاهر الحكم ، وإن نكل ، فقد اختلف مسلك الأئمة : فذهب بعضهم إلىٰ أنا نُثبت الأجرةَ الآن باليمين السابقة الصادرة من الخياط ؛ فإنها اشتملت على النفي والإثبات ، ولـٰكنا لم نثبت بها مالاً للحالف ، حِذاراً من إثبات المدعَىٰ بيمين المدعي ابتداءً ، فإذا تبيّن آخراً نكولُ رب الثوب ، وقع الاكتفاء بما تقدّم ، فإنا لو أعدنا تحليفه ، لم نزد علىٰ تحليفه علىٰ إثبات الإذن ، وقد تقدّم هـٰذا ، فلا معنىٰ لإعادته ، فهـٰذه يمينُ ردٍّ اقتضىٰ ترتيبُ الخصومة تقدُّمَها ، ولـٰكنها لا تقع الموقع في استحقاق الأجرة ، حتىٰ يتبين نكولُ رب الثوب عن اليمين .

هـٰذا مسلك متجه ، فإن كان فيه إشكالٌ ، فلا إشكال القول[2] لا بخلل التفريع ، ولـٰكن تصديق الخياط يجر هـٰذا .

٥٣١٢ـ وهـٰذا [هو][3] الذي ارتضاه **القاضي** في التفريع . وذهب ذاهبون إلىٰ أنا إذا لم نثبت الأجرة بمجرد يمين الخياط ابتداءً ، فيقتصر علىٰ درء الغرم عنه ، وخروجه عن العدوان . فإن أراد الأجرةَ ، فينبغي أن يبتدىء دعوىٰ فيها ، ولا نظر إلىٰ ما تقدم ، ثم حكم الدعوى التي يبتديها عرضُ اليمين علىٰ رب الثوب ، فإن نكل ، رددنا اليمينَ على المدعي ، وحلّفناه ، ولا نظر إلىٰ ما تقدّم .

---

(١) في الأصل : ذلك الكلام .

(٢) (د١) : الوجه . والعبارة غير مستقيمة في النسختين ، ولعل بها سقطاً ، أو تصحيفاً . ولعلها : « فالإشكال في القول ، والخلل في التفريع » والله أعلم .

(٣) مزيدة من (د١) .

وهـٰذا قياس الخصومات ، وقد يفرض في خصومةٍ ذاتِ أطراف نكولٌ عن يمينٍ في جانب مع الإقدام عليها في جانب آخر ، فإذا تميزت الخصومة عن الخصومة ، وجب أن نُوفِّر على الخصومة الأخيرة حقَّها ، وترتيبَها . وهـٰذا حسنٌ منقاس .

وكل ذلك تفريع علىٰ قولنا بتصديق الخياط .

٥٣١٣ـ وإن قلنا : **القول قولُ ربّ الثوب مع يمينه** ، فيحلف بالله ما أمره بقطعه قَباءً ، وتنتفي الأجرة عنه بيمينه .

ثم اتفق الأصحاب علىٰ أن الخياط يضمن ، ولم يختلفوا في أصل الضمان ، وهـٰذا في الترتيب قد يناظر الأجرة في التفريع على القول [الأول][(١)] .

ش ١٥٣ ثم ثبوت الأجرة مختلف فيه/ ، وثبوت الضمان في التفريع علىٰ تصديق المالك غيرُ مختلف فيه ، والسبب أن رب الثوب بيمينه يهجم علىٰ إثبات عدوانه ؛ فإن الإذن إذا انتفىٰ ، ثبت العدوان ، فإذا كان العدوان يثبت بالنفي وهو متضمَّنُ اليمين في قياس الخصومة ، والأجرة لا تثبت إلا بتقدير إثبات ، فكان الافتراق لذلك .

٥٣١٤ـ ثم إذا ثبت الضمان على الخياط ، ففي قدره **قولان** : **أحد القولين** ـ أنه يجب ما بين القطعين ، وبيانه أن الثوب لو كان يساوي عشرةً ، غيرَ مقطوع ، وكان يساوي القميص تسعة ، والقَباء ثمانية ، فالتفاوت بين القطعين دينار ؛ فهو الواجب في قولٍ .

والقول الثاني ـ أنه يجب ما بين قيمة الثوب غيرَ مقطوع وبين كونه قَباء ، وهو ديناران .

توجيه القولين : من أوجب الدينارين ، احتج بأنه إذا لم يكن القطع مأذوناً فيه ، فهو عدوان ، ومن اعتدىٰ ، فقطع ثوباً قباءً ، التزم كمالَ النقصان .

ومن قال بالقول الثاني ، احتج بأن قال : أصل القطع مأذون فيه ، وفي تقرير هـٰذا لطف ، فقطع الثوب بنصفين مثلاً يليق بتفصيله قميصاً ، وهـٰذا القدر يقع مأذوناً فيه ،

---

(١) مزيدة من (د١) .

والعدوان في الزيادة ، فإن من يبغي القَباء يَزيد بعد هـٰذا القطع قطعاً ، وذلك هو المضمَّنُ ، وهـٰذا يتضمن تضمينه ما بين القطعين .

٥٣١٥ـ وبنى الأئمة هـٰذين القولين علىٰ أن الوكيل بالبيع إذا باع بغبن فاحش ، وفاتت العين ، فماذا يضمن ؟ وفيه **قولان** ـ نص عليهما في **الرهن اللطيف**(١) : **أحد القولين** ـ أنه يضمن كمال قيمة العين ، **والقول الثاني** ـ أنه يغرَم المقدارَ الذي لو باع به ، لنفذ ، ويُحطّ عنه ما يتغابن الناس بمثله . وقد ذكرنا حقيقة هـٰذين القولين . ووجْهُ بناء القولين في مقدار الضمان في مسألتنا علىٰ هـٰذا ظاهرٌ من طريق اللفظ .

ولست أوثر هـٰذا البناء ؛ فإن مَن يوجب ما بين القطعين يأخذ مذهبه ممّا أشرت إليه ، من جريان ابتداء القطع علىٰ حسب الإذن ، كما ذكرته . وإذا كان مأخذ تعليل الضمان هـٰذا ، فلا مناسبة بين هـٰذا الأصل ، وبين ما ذكرناه في الوكيل .

٥٣١٦ـ وأنا أقول : لو كان القطع المنفي باليمين علىٰ وجهٍ لا يترتب شيء منه علىٰ جنس القطع المأمور به ، فيجب القطعُ بإيجاب تمام الضمان ، وإنما يختص القولان بالصورة التي ذكرناها ، وهي أن يجري ابتداء القطع علىٰ حسب الإذن ، ثم يترتب عليه قطعٌ يخالف الإذنَ ، ثم الأصح في صورة القولين إثباتُ تمام الضمان ؛ فإن بعض الإذن لا ينفع مع العدوان . ولهـٰذا قلنا : إذا تعدى القصار ، وزاد في الدّق/ ، ضمن التمامَ وإن كان بعضُ الدقات مأذوناً فيه . ١٥٤ ي

٥٣١٧ـ وإن قلنا : إنهما يتحالفان ، فيترتب علىٰ جريان التحالف سقوطُ الأجرة ؛ فإن من ضرورة التحالف انتفاء الإذن ، وانقطاعُ العقد ، وهـٰذا يقتضي سقوط الأجرة .

ثم ذكر **العراقيون** في التفريع علىٰ قول التحالف **قولين للشافعي** منصوصين ، في أن الخياط هل يضمن ؟ **أحدهما** ـ أنه لا يضمن ؛ فإن الذي يقتضيه الإنصاف أن تسقط الأجرة ويسقط بإزائها الضمان ، وبهـٰذا يحصل الاعتدال في الجانبين .

---

(١) (الرهن اللطيف) عنوان ضمن كتاب الرهن في كتاب الأم، وهو بلفظ (الرهن الصغير) وتحته اختصار وزيادات لكتاب الرهن.

والقول الثاني ـ أن الضمان يثبت ؛ لأن المتعاقدَيْن إنما يتبارآن إذا رجع كلٌّ إلىٰ ما كان عليه قبل العقد ، وصاحب الثوب يقول : هـٰذا الثوب رددتموه عليَّ مقطعاً علىٰ خلاف إذني ، وقد انتفى العقد ، فضمّنوه لي . وهـٰذا القول مشكلٌ ؛ من جهة أنه يضاهي [تصديقنا][(١)] صاحبَ الثوب ، ويسقط أثر تحليفنا الخياط ، ولو قدّرناه ناكلاً عن اليمين ، لما لزمه إلا هـٰذا ، واليمين التي لا تجرّ نفعاً ، ولا تفيد دفعاً لا معنىٰ فيها .

وسبب جريان هـٰذا القول ضعفٌ في[(٢)] أصل التحالف ؛ فإن ملك الإنسان إذا غُيّر عليه والقول قوله في نفي الإذن فيه ، فالتحالف يبعدُ في هـٰذه الصورة ، فإذا قيل به ، ثم رجع في عاقبته إلىٰ إبطال أثر التحالف ، كان تناقضاً ، ولا[(٣)] يستدّ على القول بالتحالف إلا سقوطُ الغُرم ، في مقابلة سقوط الأجرة .

٥٣١٨ـ ومما يتعلق بتمام البيان في المسألة أن الخياط إذا أسقطنا أجرتَه ، لو قال : كانت الخيوط لي ، وأنا أنزعها ؛ [فإنها تبعت عملي الموجب للأجرة][(٤)] ، فإذا كانت الخيوط له ، فله نزعها إذا كانت متقوّمة منتفعاً بها بعد النزع .

ثم قال الأصحاب : إذا نزعها ، يغرَم ما دخل الثوبَ من النقص بسبب نزع الخيوط ، كما إذا صبغ ثوبَ الغير بصبغ من عنده ، ثم نزع الصبغ ، فإنه يضمن لمالك الثوب أرشَ النقص ، الذي يلحقه بسبب نزع الصبغ ، كما قدمنا تقريره .

وهـٰذا يستدعي مزيد نظر ، فإن قلنا : لا يجب الضمان على الأجير ، تفريعاً علىٰ قول التحالف ، فإذا نزع ، فقد أحدث نقصاً ؛ [إذ][(٥)] ردَّ الثوب قِطَعاً ؛ فيغرم ما بين الثوب مخيطاً ، [وبين][(٦)] القِطَع .

وإن قلنا : إنه يضمن نقصان القطع في الأصل ، فقد ضمّناه أرشَ نقصان التقطيع

---

(١) في الأصل : تصديقاً .
(٢) (د١) : ضعف أصل التحالف .
(٣) (د١) : فلا .
(٤) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .
(٥) في الأصل : إن .
(٦) في الأصل : أو بين .

مرة ، فيبعد أن يضمنه مرة أخرىٰ ، ولـٰكن إن حدث بسبب نزع الخيط مداخلُ الإبر ، وكانت انسدت بالخيوط ، وقد يُحدث النزعُ خرقاً في موضع الخيط ، فهـٰذا يضمنه ، فأما تضمينه الزيادة ، وقد ضمّناه مرة ؛ فإنه يتضمن تضعيف الضمان .

والذي ذكره الأصحاب ظاهرٌ في إيجاب الضمان عليه مرة أخرىٰ ، لتفصيله للثوب/ بعدما نظمه[1] ، وهـٰذا غير سديد ؛ فإنه لا معنىٰ لضمّه إلا وصل الخيوط به ، فإذا جوزنا نزع الخيوط ، عادَ الأمرُ إلىٰ ما كان عليه . ١٥٤ ش

هـٰذا منتهى الكلام في الفصل .

فَصْلٌ

قال : « ولو اكترىٰ دابة ، فحبسها . . . إلىٰ آخره »[2] .

٥٣١٩ـ إذا اكترىٰ دابة ، وقبضها ، فالإجارة لا تخلو إما أن تكون معقودةً علىٰ مدة ، وإما أن تكون معقودة علىٰ منفعة معلومة .

فإن كانت معقودة علىٰ مدة ، فإذا حبسها حتى انقضت المدة ، ولم ينتفع بها ، استقرت الأجرةِ ، وانتهى العقد ، ووجب ردُّ الدابة .

ولو وردت الإجارة علىٰ منفعة معلومةٍ ، ولم يقع التعرض للمدّة ، فمضىٰ في يد المستأجر من الزمان ما يسع استيفاءَ تلك المنفعة ، استقرت الأجرة ، وانتهت الإجارة ، وقد قدمنا ذلك .

٥٣٢٠ـ ثم قال الأئمة : لو تلفت الدابة في يد المستأجر في المدة المضروبة ، أو في مدة العمل الموصوف ، بآفة سماوية ، فلا ضمان على المكتري ؛ فإن يده يدُ أمانة ، والأمانةُ لا تختلُّ بتركه حظَّ نفسه في الانتفاع ، وإذا كان الزمان محسوباً عليه ، فترك الانتفاع ترفيةٌ للدابة . نعم لو ربطها في إصطبلٍ ، فانهدم الإصطبل عليها ، من

---

(١) كذا ، ولعلها : بعد ما قطّعه . أو لعلّ نظمه في لغة السوق في ذلك العصر تعني (فصّله) . أي قطعه إعداداً للخياطة .

(٢) ر . المختصر : ٣/ ٩١ .

غير انتسابه إلىٰ تقصير ، بأن اتفقت رجفة ورجّة ، تهدَّم السقف لها ، فقد قال الأئمة : يجب الضمان ، وإن كنا نقول : لو كانت الدابة مودعة عنده ، وربطها في المحل الذي وصفناه ، فاتفق انهدام السقف ، فلا ضمان .

والسبب في إيجاب الضمان في مسألتنا أنه لو كان راكبها وسائراً عليها ، لما كانت ربيطةً تحت سقفٍ ، فإن ربطها ، وكان ذلك سببَ الهلاك ، أوجب الضمانَ ؛ فإن التلف حصل بسببٍ يخالف مضمون [العقد][(١)] .

وسيأتي تقرير ذلك في كتاب الوديعة إن شاء الله ، عند ذكرنا مخالفة المودَع المالك في جهة الحفظ .

٥٣٢١- ولو ربط الدابة في إصطبل ، كما ذكرناه ، فماتت بآفة لا تتعلق بالإصطبل ، فلا ضمان ، فنفس الربط ليس عدواناً ، ولـٰكنه يجر ضماناً من الجهة التي ذكرناها ، فهـٰذا ربط علىٰ شرط السلامة من آفة الربط في الإصطبل .

وتمام البيان في هـٰذا محال على الوديعة .

٥٣٢٢- ثم قال **الشافعي** : إذا انقضت المدة ، فحبس الدابة بعد انتهاء المدة ، ضمنها .

وهـٰذا مما اضطرب الأصحاب فيه ، فقال **المراوزة** : لا يجب على المستأجر ردُّ العين المستأجرة . نعم لا يمنع المالك من استردادها ، وسبيله فيها كسبيل المودَع . ثم ليس على المودَع ردُّ الوديعة ، ولـٰكن إن أرادها المالك ، لم يحل بينه وبينها ، ومكّنه من أخذها ، فقول **الشافعي** : « ضمنها » عند هـٰؤلاء محمولٌ علىٰ ما/ إذا طولب بالتمكين من الاسترداد فأبىٰ . ي ١٥٥

٥٣٢٣- ومن أصحابنا من قال : إذا انقضت المدة ، دخلت الدابة في ضمان المستأجر ، وهـٰؤلاء ذهبوا إلىٰ أنه يجب عليه ردُّ العين ، والتزام[(٢)] مؤنة الرد . وهـٰذا الوجه ذكره **العراقيون** ، **وصاحب التقريب** .

(١) في الأصل : مضمون ذلك .
(٢) (د١) : ويلزمه مؤنة الرد .

ثم فرع **صاحب التقريب** وقال : لو اكترىٰ دابة وشرط أن يردّها إلىٰ بلد المكري من منتهىٰ سفره ، لزمه الرد .

وإن كان العقد مطلقاً ، فإن كان المالك مع الدابة ، هان ردُّها عليه في منتهى السفر ، وإن لم يكن رب الدابة معها ، فعليه أن يردها إلىٰ بلده جرياً علىٰ وجوب الرد .

والمراوزة يقولون : لا يلزم الرد ، ولـٰكن إذا انتهى السفر ، فالمستأجر في العين المستأجرة كالمودَع إذا أراد سفراً ، وسبيله إذا أراد ذلك أن يسلّم العين إلى الحاكم ، وفيه تفصيل سيأتي في كتاب الوديعة، إن شاء الله عز وجل .

وهـٰؤلاء يقولون : لو شرط الردَّ على المستأجر ، كان شرطاً باطلاً ، مفسداً للإجارة .

٥٣٢٤ـ فخرج من مجموع ما ذكرناه اختلافُ الأصحاب في أن الإجارة إذا انتهت ، فيد المستأجر يدُ ضمان أم لا ؟ وعليه يترتب مؤنةُ الرد ، أو علىٰ مؤنة الرد يترتب الضمان . وهما كالقضية الواحدة ؛ فإن ضمان العين نتيجة ضمان الرد ، كما قررناه في العواري .

وطريقة **المراوزة** أمثل ، ويبعد كل البعد أن يقال : إذا انقضت المدة ، وهمَّ المستأجر بالرد ، فتلفت العين في يده من غير تقصيره ، يجب الضمان عليه . ومن أوجبه طردَ القياس في إثبات الضمان وألحق العينَ بعد الإجارة بالمستعار ، والمأخوذِ سَوْماً .

ولا يمتنع عندنا أن يفصل الفاصل بين ألا يرد ويحبس ، وبين أن يسعىٰ في الرد غيرَ مقصّر . ولفظ **الشافعي** ـ إن كان الأخذُ منه ـ يتضمن هـٰذا ، فإنه قال : « ولو حبسها بعد انتهاء المدة ، ضمنها » . فخصص الضمان بالحبس .

٥٣٢٥ـ وذكر **القاضي** مسألةً لها اتصالٌ بما نحن فيه ، فقال : إذا دفع الرجل بضاعةً إلىٰ إنسان ، فالتمس منه أن يحملها إلىٰ بلد ، ، ويشتري له جاريةً ، ففعل ، فلا يلزمه نقلُ الجارية ، بل يتركها ؛ لأنه متبرع في عمله ، وقد فعل ما أُمر به . وهـٰذا الذي ذكره قياسٌ ، لا شك فيه ، والجارية التي يقبضها وتحصُل في يده ، في حكم وديعةٍ وهو في

تركها مسافر عن الوديعة . ثم في المسافرة عن الوديعة تفصيلٌ سيأتي مشروحاً، إن شاء الله .

ولا يمتنع أن يقول القائل : إذا [قبض البضاعة](١) التزم ردَّ الجارية إليه . وإنما سمحت نفسُ صاحب البضاعة بتغييبها حتىٰ يرد الجارية إليه . [و](٢) هـٰذا له ظهورٌ في حكم العرف . ولـٰكن الأصل ما ذكره **القاضي** ، ثم لا نفصل بين أن يلتزم ردّها ، ثم يبدو له ، وبين أن يجري الإبضاعُ مطلقاً ؛ فإن من التزم ردّ مال/ إنسان ، ولم يُستأجر عليه ، لم يلزمه الوفاء به . ش ١٥٥

فصل

نجمع فيه تفاصيلَ ما على المكري في عمارة الدار المكراة

٥٣٢٦ـ فالوجه أن نرسل عبارات الأصحاب في الغرض المقصود ، ثم نبحث عن الحقيقة . قالوا رضي الله عنهم : إذا انكسر جذعٌ من الجذوع ، وأمكن إصلاحه من غير إبدالٍ ، فذلك على المكري ، وإذا استرمّ جدارٌ ، فمال ، فإقامته على المكري .

وإن مست الحاجة في العمارة إلى الإتيان بجذعٍ جديدٍ ، فقد ذكر **شيخي وجهين** : **أحدهما ـ** أن على المكري ذلك . **والثاني ـ** ليس عليه الإتيان بجذعٍ جديد ، وهو الذي قطع به معظمُ الأئمة .

توجيه الوجهين : من قال : لا يجب الإتيان بجذعٍ ، قال : إن كانت الإجارة متعلقةً بما انكسر ، فقد فات محل الإجارة ، فلا يجب إبداله ، كما لو أجر جذعاً ، فانكسر ، لم يلزم الإبدال .

ومن قال **بالوجه الثاني** ، احتج بأن الجذع كان في حكم الصفة للدار ، والإتيان بجذعٍ جديد في حكم تغيير(٣) الصفة ، وليس كما لو كان الجذع مخصوصاً بالإجارة

(١) المثبت من (د١) . وعبارة الأصل : « إذا التزم ذلك ، ردّ الجارية » .
(٢) زيادة من المحقق للإيضاح فقط، وإلا فالعبارة صحيحة مستقيمة، وإن كان هـٰذا الأسلوب غير مألوف.
(٣) تغيير الصفة : أي إعادة صفة الدار إلىٰ ما كانت عليه ، كما سيشير إليه ، فيما يأتي قريباً .

مقصوداً فيها . وهـٰذا الخلاف نازع إلىٰ تردد الأصحاب في أن أجزاء البنيان هل توصف بكونها معقوداً عليها ؟ أم هي كالصفات بمثابة أطراف العبد ؟ وفيه تردد ظاهر قدمناه .

٥٣٢٧ـ ومما نرىٰ تقديمه في صدر الفصل أن العمارة التي أطلقنا القولَ بوجوبها على المكري ، كإصلاح الجذع المنكسر ، وإقامة الجدار المائل ، مما تمارى الأصحاب فيه ، فالذي ذكره **العراقيون** أنه لا يجب في التحقيق ، ولـٰكن إن فعلها المكري ، استمرت الإجارة ، وإن امتنع تخير المكتري . وهـٰذا مذهب **أبي حنيفة**(١) .

ووجه هـٰذا أن الإجارة وردت علىٰ عين الدار ، فإيجاب إحداثِ فعل فيها إيجابُ زائدٍ ، لا تقتضيه الإجارة بلفظها . نعم، يثبت الخيار ؛ إذ الدار لو انهدمت ، لانفسخت الإجارة ، فإذا كان العقد ينفسخ بالتلف ، يثبت التخير فيه [بالتعيُّب](٢) .

٥٣٢٨ـ وذكر **شيخي والقاضي** ما يدلّ علىٰ أن العمارة تجب ، على التفصيل الذي ذكرناه . وهـٰذا متجه، من جهة أن توفية المنافع لا تتأتىٰ إلا بمرمة الدار إذا هي [استرمت](٣) ، وبناء مذهبنا علىٰ أن المنافع مستحقة على المكري ، ولا يتجه في الحكم بانفساخ الإجارة إذا انهدمت الدار في يد المكتري إلا أن يقال : يد المكتري وإن ثبتت ، وسلّطته على التصرف بالإجارة ، ففي العين عُلقةٌ متعلقة بالمكري ، وهي وجوب توفية المنافع عليه ، فإذا كنا لا نوجب عليه العمارة ، فلا يبقىٰ لإيجاب توفية المنافع على المكري [معنىٰ](٤) سديد .

فقد حصلنا إذاً/ علىٰ طريقين للأصحاب أثبتناهما عنهم علىٰ ثبتٍ وثقة . ١٥٦ ي

٥٣٢٩ـ ولو استأجر داراً ، ولم يكن علىٰ بعض مداخلها بابٌ ، أو لم يكن علىٰ مجرىٰ مائها مزراب ، فإذا اطلع المكتري علىٰ ذلك ، وكان ما رآه مؤثراً في تنقيص

---

(١) ر . المبسوط : ١٥/ ١٤٤ ، وحاشية ابن عابدين : ٥/ ٤٩ ، ومختصر اختلاف العلماء : ٤/ ١٣٤ مسألة : ١٨٣٣ .

(٢) في الأصل : بالتعصب . وهو تصحيف طريف .

(٣) في الأصل : استرجت .

(٤) في الأصل : نعنىٰ .

المنفعة ، فلا نوجب على المكري في هـٰذه الحالة تعليقَ بابٍ ، ولا نصبَ مزراب ؛ فإنا لو ألزمناه ذلك ، كنا موجبين عليه إحداث ما لم يكن ثابتاً حالةَ العقد ، ولـٰكن للمكتري الخيار في الفسخ والإجارة .

٥٣٣٠ـ ولو انكسر جذعٌ ، وكان الاكتفاء يقع بأن يُدعم بدِعامة ، فقد اختلف الأئمة في هـٰذه المسألة ، فذهب معظمهم إلىٰ أن هـٰذا يلتحق بإصلاح الجذع من غير مزيد ، وإقامة الجدار المائل ؛ فإن الدعامة وإن لم يكن منها بد ، وهي زائدة لم تكن ، فإنها ليست جزءاً من الدار ، وإنما هي مستعارة .

وفي كلام بعض أصحابنا ما يدل علىٰ أن هـٰذا بمثابة إحداث جذع جديد ؛ فإن الدعامة جديدة ، وقد شغلها بالعمارة ، وإذا تحقق شغلها ، وهي لم تكن ، فلا أثر وراء ذلك لكونها جزءاً من الدار ، أو خروجها عن أجزاء الدار . وفي المسألة احتمال .

٥٣٣١ـ ومما يتعلق بذلك أن كنس الدار مما لا يجب على المكري ، وليس هـٰذا معدوداً من عمارة الدار ، وإنما هو من تنقية الساكن مسكنه إن أراد تنقيته ، ولا تؤثر في المنافع المقصودة .

٥٣٣٢ـ واختلف أئمتنا في تنقية البالوعة إذا امتلأت ، فمنهم من قال : هي على المكري . ومنهم من قال : ليست على المكري ؛ فإن ما يتجمع فيها يضاهي ما يتجمع في الدار من الكناسات، وفضلات الأطعمة ونَفْض الموائد، وقشور البطيخ ، ونحوها .

ومنهم من قال : هي ملتحقة بعمارة الدار ؛ فإن الكناسات ليس لها ضبط ، فقد تكون ، وقد لا تكون ، والعادة جارية بأن السكان يتولَّوْن طرحَها وإلقاءها ، وتنقيةُ البالوعة من الرواتب التي تقع لا محالة ، فإذا امتلأت البالوعة ، تعذّر الانتفاع ، فوجب إلحاقُها بالعمارات .

٥٣٣٣ـ فأما كسحُ الثلوج ، فالقول فيه منقسمٌ إلىٰ كسح عَرْصة الدار ، وإلىٰ كسح السطوح . فأما كسح العرصة ، فإن كان الواقع فيه من الثلج لا يمنع من الانتفاع ، لقلّته وخفته ، فهو ملتحق بكنس الدار من الغبار ، وإن كثف الثلج ، وكثر ، وامتنع التردد

في الدار بسببه ، فظاهر المذهب أنه يلتحق بالكنس ، ولا يمتنع التحاقه بتنقية البالوعة .

وفي كلام الأصحاب ما يدل على المسلكين جميعاً ، وهو لكثرته [يجانب][(١)] الغبار المعتاد الذي يكنس ، ويخالف امتلاء البالوعة، من حيث إن ذلك يقع على اعتياد ، بخلاف الثلج .

٥٣٣٤- فأما الثلج على السطوح ، فلا يجب على المكتري كسحُه ؛ فإن كان يضر بالسقوف إضراراً مؤثراً في الانتفاع ، فكسحه بمثابة إقامة/ الجدار المائل ، وإصلاح الجذع . ثم يعود ما قدمناه من التفصيل في أن ذلك يجب على المكري ، حتىٰ يطالَب به أم لا يجب ؟ فإن أوجبناه ، فلا كلام . وإن لم نوجبه ، فما لم يظهر نقصٌ مؤثر في الانتفاع ، لا يثبت الخيار للمكتري . ١٥٦ ش

ومن أصحابنا من قال : لا يجب كسحُ الثلج على المكري ، وإن أوجبنا عليه العمارة ؛ فإن العمارةَ تغييرٌ في [صفة][(٢)] الدار ، وردّها إلىٰ ما كانت عليه ، وكسح الثلج ليس بهـٰذه المثابة .

٥٣٣٥- وإن انتهت الإجارة ، وانقضت ، فلا يجب على المكتري تنظيفُ البالوعة التي امتلأت في زمان الإجارة ، ليردّها منظَّفة كما قبضها ، هـٰذا لا يجب وفاقاً على المكتري ، وإن ترددنا في أنه هل يجب على المكري تنقية البالوعة في أثناء المدة .

٥٣٣٦- ومما يجب التنبه له أنا إذا لم نوجب التنقيةَ في أثناء المدة ، فلو امتنع الانتفاع بالدار بسبب امتلاء البالوعة ، والتفريع علىٰ أنه لا يجب على المكري التنقيةُ ، فهل يثبت خيار الفسخ للمكتري ؟

اضطرب[(٣)] أئمتنا ، فذهب الأكثرون إلىٰ أنه لا خيار له ، ولـٰكنا نقول له : إن أردت الانتفاع فنقِّ البالوعةَ ، كما تنقي الدارَ من الكناسة . وهـٰذا هو الظاهر .

وأبعد بعض أصحابنا ، فأثبت للمكتري التخيّر ، وهـٰذا التردد إنما يحسن إذا كنا

---

(١) في الأصل : بجانب . وفي (د١) : بدون نقط .
(٢) في الأصل : وصف .
(٣) (د١) : اختلف .

نوجب العمارة على المكري ، ونوجِّهُ عليه الطَّلِبة بها ، فنقول هاهنا : لا يجب عليه التنقية ، ولٰكن [للمكتري][1] الخيار .

٥٣٣٧ـ ويظهر أثر ما ذكرناه بمسألة ، وهي أن الإجارة إذا انتهت ، وقد تجمعت كناسةٌ في الدار، فقد قال الأصحاب: على المكتري نقلُها، وتسليمُ الدار فارغةً منها، ولم يوجبوا تنقيةَ البالوعة ، فكذلك لا يوجبونها في أثناء المدة ، ويقولون : إذا عسر الانتفاع، ثبت الخيار ، بخلاف ما لو عسر باجتماع الكناسة . والكناسةُ التي أطلقناها عَنَيْنا بها ، ما يُلقيها المكتري من قشور ، ونَفْض طعام ، وأما ما يقع في الدار من ترابٍ بسبب هبوب الرياح ، فلا يجب على المكتري نقلُه ، وتنقيةُ الدار منه أصلاً ؛ فإن هٰذا لم يحدث بفعله ، وسببِه، وهو ـ إن كان ثقل ـ ينزل منزلة الثلج ، الذي يقع ، في أنه لا يجب على المكتري تنقيتُه .

٥٣٣٨ـ ولو اغتصب مغتصب الدارَ من يدي المكتري في أثناء المدة ، فالذي [أطلقه][2] معظم الأئمة أنه لا يجب على المكري تخليصُها من يد الغاصب ، وإن اقتدر عليه . وفي كلام **بعض المحققين** ما يدل علىٰ أنه يجب عليه التخليص ؛ لتمكين المكتري من الانتفاع . وهٰذا يتفرع علىٰ مذهب من يرىٰ إيجابَ العمارة ، التي يحصل بها التمكّنُ من الانتفاع .

٥٣٣٩ـ وإذا اكترى الرجل حماماً ، فتنقية الأتّون عن الرماد على المكتري ؛ فإنه بمثابة الكناسة التي تجتمع في الدار المكتراة ، بإلقاء المكتري إياها ؛ إذ الرماد من أثر وقود الأتّون، فإذا انتهت الإجارةُ، فعلى المكتري نقلُ ذلك، كما ذكرنا في كناسة الدار.

ولا يجب على/ المكتري تنظيفُ مستنقع الماء ، كما لا يجب عليه تنظيف البالوعة ، وهٰذا فيه إذا انتهت الإجارة نهايتَها . ي ١٥٧

وهل يجب في أثناء المدة تنقية المستنقع ، ومجتمع فضلات الماء ؟ فعلىٰ وجهين ، **كالوجهين** في تنقية البالوعة في الدار ، فلا فرق . والذي اختاره الأئمة في المسألتين أنهما على المكتري .

---

(١) في الأصل : المكري .
(٢) في الأصل : أطلق .

٥٣٤٠ـ ثم إذا اكترىٰ حماماً ، فالذي يجب على المكري أن يسلّمه [مع][١] الأبواب ؛ فإنها[٢] بمثابة الأبواب المُحكمة[٣] ، وإن كان يسهل نقلها ، فأما الأرز[٤] العتيدة ، والطاسات والحبل ، والدَّلو ، فلا يدخل شيء منها في إجارة الحمام .

وإذا اشترطنا في إجارة الأعيان رؤيةَ العين المستأجرة ، فلا بد من رؤية مواضعَ من الحمام ، وما يتصل بها ، إحداها [البيوت][٥] وبئر الماء ، والقِدر ، ومطرح الرّماد ، ومبسط القماش ، والوقود والأتون ، والموضع الذي تجتمع فيه فضلات الماء ، وعلىٰ مشتري الحمّام أن يراها ، إذا اشترطنا رؤيةَ المبيع .

٥٣٤١ـ وإذا اكترى الرجل داراً ، فعلىٰ مكريها تسليمُ المفتاح إلى المكتري ؛ فإن منعه منه ، انفسخ الكراء في زمان المنع ، هٰكذا قال الأصحاب ، وإن كان يتأتىٰ من المكتري قلعُ الباب ، أو قلعُ الأغلاق ، أو العلوّ[٦] في السطح ، فمنع المفتاح منعٌ من المكرىٰ .

ولو سلّم إليه المفتاحَ ، فضاع في يده ، أبدله المكري بغيره . ثم قال الأئمة : لا يجبر المكري على الإبدال ، وإنما يُجبر ابتداءً علىٰ بذل المفتاح ؛ فإن البذل الأول هو ابتداء التسليم ، وابتداء التسليم واجبٌ على المكري ، والإبدال بعد التسليم الأول في حكم الامتناع الطارىء .

وألحق الأئمة إبدال المفتاح ، بإبدال جذع ينكسر في الدار ، والحاجة ماسة في توفية المنافع إلى الإتيان بجذعٍ جديد ، غيرِ الذي انكسر . ثم ينبني علىٰ ذلك أن

---

(١) زيادة من (د١) .

(٢) عبارة (د١) : فإنها الأبواب المحكمة ، إن كان يسهل نقلها .

(٣) والمعنى المفهوم من السياق أن للحمامات أبواباً غير ثابتة تتميز بها عن أبواب الدار، ويُرَاد بها ـ فيما نقدِّر ـ مزيد السَّتر، وأظنها تشبه الحواجز المتنقلة التي تفصل بعض الناس عن بعض في الصالات والفناءات الواسعة.

(٤) في الأصل: الأزر. والأرز هو الصاروج، وهو النُّورة وأخلاطها، وهو مسحوق يستخدم في التنظيف، وإزالة الشعر (طلبة الطلبة للنسفي: ٢٥٩، والمصباح، والمعجم).

(٥) في الأصل : الثبوت .

(٦) (د١) : أو التسلق .

المكري إذا لم يُبدل ، فللمكتري الخيار ، كنظيره في الجذع .

٥٣٤٢ـ وإذا اكترى الرجل طاحونة ، فعلى المكري [مع][1] تسليم البيت تسليمُ الآلات العتيدة ، كحجرِ الرَّحا ، والآلةِ المعلّقة فوق الرّحا ، التي هي مجتمع الحب ، والقطبِ ، وما عليه مداره من أسفل في رحا الماء ؛ فإن العادة مطردة بتسليم هـٰذه الأشياء ، وإن كان يسهل نقلُها ، فهي بجملتها معدودة من الطاحونة ، على اعتيادٍ مطرد .

والقول في بيع الطاحونة كالقول في إجارتها ، وقد ذكرنا في كتاب البيع تردداً في أن مطلق البيع في الدار هل يستتبع ما فيها من رحاً مثبتٍ ، وليس ذلك مما نحن فيه ؛ فإن متعلّق العقد اسمُ الدار ، ومتعلّقُ العقد فيما ذكرناه اسمُ الطاحونة ، وهـٰذا الاسم يستدعي هـٰذه الأشياء .

وذكر الأئمة نقولاً جاريةً لقواعدَ في الإجارة ، ونحن نأتي بها مستقصاة ، إن شاء الله عز وجل .

فَصْلٌ

٥٣٤٣ـ إذا اكترى الرجل داراً بعشرين ديناراً ، وشرط المكتري على المكري أن يصرف مالَ الكراء إلىٰ عمارة الدار ، فالكراء فاسد ، وعلّة الفساد الاحتكام/ على المكري في صرف عين الكراء إلى العمارة ، ولفظ **الشافعي** في ذلك الكراهية ، فإنه قال : « **لو اكترىٰ داراً ، وشرط أن يُنفق الكراءَ على الدار ، كرهتُ ذلك** » وأجمع الأصحاب علىٰ حمل الكراهية من لفظ **الشافعي** على **التحريم** .

ش ١٥٧

ولو وقع العقد بكراءٍ معلوم ، وشرط المكري على المكتري أن يعمّر الدارَ بها ، فهـٰذا فاسد مفسدٌ أيضاً ؛ من جهة أن قيامَ المكتري بالعمارة عملٌ منه مجهولٌ ، واشتراط عمله مضموماً إلى الأجرة ، يتضمن جهالةً بيّنة في العِوض .

ولو جرت الإجارة مطلقة عرية عن الشرط ، ثم إن المكري وكّل المكتري ابتداءً بأن يصرف ما عليه من الأجرة إلىٰ عمارة الدار ، فهـٰذا جائزٌ لا منع فيه .

---

(١) زيادة من (د١) .

فصل

٥٣٤٤ـ إذا استأجر من يحفر بئراً ، ولم يتعرّض لذكر المدة ، ولا بد من تبيين محلّ الحفر ، وذكر عرْضِ البئر وعمقها ، فإذا وقع الاستئجار علىٰ هـٰذا الوجه ، فأخذ الأجير في الاحتفار ، فكل ما يحتفره ، فهو جزء من عمله ، واقعٌ [مسلّم][1] ، وأثر ذلك أنه لو شرط على الأجير احتفارَ عشرين ذراعاً في عرض ذراعين ، فإذا احتفر عشرة أذرعٍ ثم انهارت البئر ، فانطمست ، فالأجير يستحق من المسمىٰ مقدارَ عمله .

ولا يخفىٰ أن التوزيع لا يقع علىٰ أذرع العمق في العرض المذكور ، حتىٰ يقال : إذا كان المشروط عشرين ذراعاً ، وقد احتفر عشرة أذرع ، فنجعل ذلك في مقابلة نصف الأجرة المسماة . هـٰذا لا سبيل إليه . ولـٰكنا نوزّع المسمىٰ علىٰ أجرة المثل فيما عمل ، وبقي . فإن قيل : أجر مثل ما بقي خمسةَ عشرَ درهماً ، وأجر مثل ما حفر خمسةُ دراهم ، ولا شك أن العمل يكثر كلما ازداد عمقُ البئر ، فيستحق الحافر من المسمىٰ ربعَه ، والأذرع المذكورة في توزيع الأجر عليها كالأيام في مدة الإجارة في الدور والمساكن ، مع وقوع بعضها في المواسم .

٥٣٤٥ـ ولو انتهى الأجير في حفره إلىٰ موضع صلب يخالف ما كان يعمل فيه ، فإن كانت المعاول والفؤوس تعمل في الكُدية[2] ، فعلى الأجير أن يعمل .

وهـٰذا الفن من التفاوت يقع في أمثال هـٰذه الإجارة ، فيحتمل ، من جهة أن الضبط في قبيله غيرُ ممكن ، ومبنىٰ[3] تصحيح الإجارة على الضرورة والحاجة .

ولو كانت المعاول لا تعمل في محل الإكداء[4] ، وكان الأجير يحتاج إلى استعانة بإيقاد النار على الكُدية ، فليس على الأجير ذلك ؛ فإن هـٰذا مجاوزةٌ لحد الحفر المطلق .

---

(١) في الأصل : مسلّماً .
(٢) الكُدية : الأرض الغليظة أو الصلبة ، لا تعمل فيها الفأس (المعجم) .
(٣) (د١) : فمبنىٰ .
(٤) الإكداء : مصدر أكدىٰ إكداءً : إذا بلغ الكُدية . (المعجم) .

٥٣٤٦- ولو استأجر أجيراً ليحفر ، واعتمد في الإجارة ذكر المدة ، فقال : تحفره في بياض هٰذا النهار ، فلا حاجة ـ ومعتمد الإجارة المدة ـ إلىٰ إعلام العمق والعرض ؛ فإن الإجارة وردت علىٰ عين الأجير ، [والمطلوب منه][1] عمل الحفر في المدة المقدرة .

فصل

يجمع مسائل علىٰ نسقٍ

٥٣٤٧- فإذا استأجر من يذبح له شاةً ، ويسلخها ، فجعل أجرة الأجير جلدَ الشاة ، لم يجز له/ ذلك ؛ لأنه جعل الأجرة جزءاً من الحيوان ، وذلك ممتنع . ي ١٥٨

ويجوز أن يقال : الفساد بعلةٍ أخرىٰ ، وهي أن الجلد إنما ينفصل عن الشاة المذكّاة بعمل السلخ ، فعمله المذكور في الإجارة يتصل بالأجرة المسماة ويقع [عملاً][2] فيها ، وهٰذا ممتنع ، والشرط أن يقع عمل الأجير في خالص ملك المستأجر .

٥٣٤٨- وإذا استأجر من يحمل ميتة إلى المزبلة ، ويسلخها ، وجعل الأجرة جلدَها ، فهٰذا ممتنع للمعنيين المقدّمين ، ولمعنىً ثالث أجلىٰ منهما ، وهو أنه جعل الأجرة جلدَ الميتة ، وهو قبل الدباغ نجسُ العين ، غيرُ متقوّم ، إلىٰ أن يدبغ .

٥٣٤٩- ولو استأجر من يجني ثماراً له ، وجعل أجرة الأجير جزءاً من تلك[3] الثمار ، فالإجارةُ فاسدةٌ عند الأصحاب ؛ لأن عمله يقع فيما سُمي أجرةً ، وقد ذكرنا أن الشرط أن يقع عملُ الأجير في خالص ملك المستأجر ؛ فإذا وقع بعضٌ من عمله فيما قُدّر أجرة ، فكأنه عمل فيما هو ملكه .

٥٣٥٠- وإذا استأجر من ينخل دقيقاً ، وجعل أجرته النخالة ، لم يجز ، وكذلك إذا

---

(١) في الأصل : ومطلوبه عمل الحفر . .
(٢) (د١) : عمداً .
(٣) هنا انتهى الخلل في السياق في نسخة (د١) ، وصوابه الرجوع من ص٦٠ش (هنا) إلىٰ ص٣٩ي .

استأجر من يطحن حنطةً بقفيزٍ من الطحين ، فالإجارة فاسدة .

٥٣٥١ـ والعلل وإن كانت ظاهرةً في إفساد الإجارة في هـٰذه المسائل ، فالمعتمد الأظهر فيها ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : « **نهىٰ عن قفيز الطحان** »[١] ، ومراده صلى الله عليه وسلم استئجارُ الطحان بقفيزٍ من الطحين .

٥٣٥٢ـ ولو استأجر مالكُ الجاريةِ مرضعةً لترضع الجاريةَ الرضيعةَ ، وشرط أجرتها جزءاً من الجارية إذا فُطمت ، فالإجارة فاسدة ، تخريجاً علىٰ قفيز الطحان .

ولو قال : استأجرتُكِ علىٰ إرضاعها ، وأجرتُك ثلثُ رقبتها في الحال ، فهـٰذا يخرّج علىٰ مسألةٍ نُقدّمها ، ونذكر ما فيها : وهي أنه إذا كان بين رجلين جاريةٌ رضيعةٌ ، فلو استأجر المالكان مُرضعة ، جاز ذلك ، ويقع العمل علىٰ نصيبهما ، والأجرةُ عليهما ، ولو أراد أحدُهما أن يستأجر مرضعةً ، ولم يساعده شريكه ، فالإجارة لا تنتظم في بعض الجارية ؛ من جهة أن إيقاع العمل في البعض غيرُ ممكن ، وإيقاع العمل في الجميع يتضمن إيقاعَ عملٍ في ملك الغير ، من غير إذنه ، وهـٰذا مما لا يسوغ من الشريك الانفرادُ به . نعم، لو ظهرت الضرورة ، فالحاكم يستأجر على الممتنع ، والطالب .

ولو كانت الجارية الرضيعة مشتركةً بين رجلٍ ومرضعته ، فاستأجر الرجل المرضعة على الإرضاع ، فعملها يقع علىٰ ملكها وملك الشريك المستأجِر ، فتفسد الإجارة .

فإذا ثبت ما ذكرناه ، فنعود ، ونقول : إذا كانت الجارية الرضيعة خالصةً لإنسانٍ ، فاستأجر مرضعةً ، وجعل أجرتها جزءاً من الجارية ، فعملها لو صحت الإجارة يقع علىٰ ملكها وملك المستأجر ، فتفسد الإجارةُ بناء على القاعدة التي مهدناها .

فَرْعٌ : ٥٣٥٣ـ إذا استأجر حلياً من ذهبٍ بذهب ، أو فضة ، فلا بأس/ ، ولا نظر إلىٰ جوهر الحلي ، وإلى الأجرة المذكورة ، فإن الأجرة في مقابلة منفعة الحلي ، لا في مقابلة جوهره ، فلا يثبت شيءٌ من أحكام الربا علىٰ هـٰذا الوجه . ١٥٨ ش

---

(١) حديث النهي عن قفيز الطحان رواه الدارقطني : ٣/ ٤٧ ، والبيهقي : ٥/ ٣٣٩ ، وانظر تلخيص الحبير : ٣/ ١٣٣ ، ح ١٣١٦ .

٥٣٥٤ـ ولو أتلف الرجل حُليّاً قيمته تزيد علىٰ زنته ، وكانت الصنعة فيه[(١)] محترمة ، فللأصحاب فيه اضطراب ، فيما يغرَمه المتلف ، قدمنا ذكره . وسببُ الاختلاف أن ما يبذله المتلف بدل المتلَف ؛ فامتنع بعضُ الأصحاب من مقابلة حلي الذهب بما يزيد علىٰ مقدار وزنه من الذهب ، على التفصيل الذي سبق ، وليست الإجارة من هـٰذا بسبيل .

فَرْعٌ : ٥٣٥٥ـ إذا استأجر الرجل صباغاً ، ووصف العملَ المطلوبَ منه ، فالعادة جاريةٌ ـ على الطرد ـ بكون الصِّبغ من جهة الصباغ ، فإذا جرت[(٢)] الإجارة على الصبغ ، ففي دخول عين الصبغ تبعاً من التفصيل ما ذكرناه في دخول الحبر في عمل الورّاق ، وقد ذكرنا ثَمَّ التفصيلَ في اطراد العادة واختلافها ، فمسألة الصبغ ملحقةٌ بما إذا اطرد العرف في كون الحبر من جهة الورّاق ، وقد مضىٰ ذلك مشبَعاً .

فَصْلٌ

٥٣٥٦ـ قد ذكرنا أنه لا يجوز للمرأة وهي في حياة زوجها أن تؤاجر نفسَها للإرضاع ، ولا يختص ذلك بهـٰذا النوع ، بل لا تؤاجر نفسَها في عملٍ من الأعمال ، كالغَسْل ، والخَبز ، والغزل والخياطة ، وما في معناها ، وليس ذلك لاستحقاق الزوج هـٰذه المنافع منها ، ولـٰكن لكونها مزحومة بحق الزوج ؛ فإن[(٣)] حق الزوج في الحرة [المنكوحة][(٤)] على الاستغراق .

ولو كانت الزوجة أمةً ، فقد ذكرنا أن للسيد أن يستخدمها نهاراً ، في المدة التي كان يستخدمها فيها إذا كانت خَلِيَّة عن [حق][(٥)] الزوج . فلو أراد أن يكريها في تلك المدة ، جاز ؛ لأن منفعة الأمة لا تكون مزحومةً بحق الزوج .

---

(١) (د١) : غير محترمة .
(٢) (د١) : ثبتت .
(٣) (د١) : إذ بناء حق الزوج .
(٤) مزيدة من (د١) .
(٥) ساقطة من الأصل .

٥٣٥٧ـ ولو أذن الزوج لزوجته الحرة في أن تؤاجر نفسَها ، صح ذلك منها ، ثم يجب الوفاء بموجَب الإجارة .

ولو كانت آجرت نفسَها للإرضاع ، قبل أن نَكَحت ، ثم نَكَحت ، فطريان النكاح لا يغير أمرَ الإجارة ، ويجب عليها الوفاء بمقتضى الإجارة ، حتىٰ قال الأصحاب : لو كنا نخشىٰ من وطء الزوج إياها أن تعلَق ، وتحبَل ، فإذا حبِلت ، قلّ اللبن ، وفسد ، فالزوج ممنوعٌ عن[1] وطئها ؛ فإن حقَّ الإجارة تأكد أولاً ، ثم طرأ النكاح ، ومنْع الزوج من الوطْء المؤثر في مقصود الإجارة بمثابة منع الراهن من وطْء الجارية المرهونة .

ولو فرضنا الإجارة بعد النكاح واردةً علىٰ ذمة المرأة ، لصحت ؛ فإن ذلك لاينافي حقَّ الزوج ؛ من جهة أنها لو أرادت تحصيلَ ما التزمته بأن تستأجر ، كان لها ذلك ، وهـٰذا لا يزاحم حقَّ الزوج .

ثم إذا انعقدت الإجارة علىٰ ذمتها ، فوجدت في خَلَل الأيام فرصة/ ، واستمكنت من توفية بعض العمل بنفسها ، فلها ذلك ؛ فإن معتمد الإجارة الذمة . وهـٰذا واضحٌ . ١٥٩ ي

٥٣٥٨ـ ومما يتعلق بهـٰذا الفصل أن المرأة إذا آجرت نفسها لإرضاع ولدٍ ، ولم تكن ذات زوج ، أو كانت ذاتَ زوج ، وقد جرت الإجارة بإذن الزوج ، فيجب عليها توفيةُ المنفعة بكمالها ، فلو مات ذلك المولود الذي استؤجرت المرضعة لإرضاعه ، فتفصيل القول في هـٰذا يستدعي تقديمَ أصلٍ مقصودٍ في الإجارة ، فنقول :

٥٣٥٩ـ من استأجر دابةً معينةً لمنفعة معلومة، فلو تلفت الدابة، ترتب [علىٰ تلفها][2] انفساخُ الإجارة لا محالة ؛ فإن المعقودَ عليه قد مات ، ولو مات المستأجر للدابة أو مُكريها ، لم يؤثر موتُ واحدٍ منهما في الإجارة ، وقد مهدنا هـٰذا في صدر الكتاب ، إذ قلنا : لا تنفسخ الإجارة بموت أحد المتعاقدين ، والجملة المرعية فيه أن المكتري مستحِقٌّ مستوفٍ ، والحقوق يرثها الورثةُ ، وتبدُّلُ المستوفي غيرُ ضائر ، وقد قدمنا أن المستأجر لو أجر ما استأجره ، جاز ذلك ، ولو أقام غيره مقام نفسه ، لم يمتنع .

---

(١) سبق أن أشرنا أن (عن) تأتي مرادفة لـ (مِنْ).

(٢) في الأصل : عليها .

٥٣٦٠ـ ولو استأجر أجيراً ليعمل في عينٍ من الأعيان عملاً ، مثل أن يقول : استأجرتك لتخيط هٰذا الثوبَ ، فلو تلف ذلك الثوبُ المعيّن ، فقد ذكر **العراقيون** في انفساخ الإجارة **وجهين** : **أصحهما** ـ أنها لا تنفسخ ؛ فإن العمل لايتعذّر ، ومن الممكن الإتيانُ بثوبٍ آخر يضاهي ذلك الثوبَ ، وليس الثوب معقوداً عليه في نفسه .

والوجه الثاني ـ أن العقد ينفسخ بتلف محل العمل ، فإنه كان متعيَّناً في بقائه[1] ، فإذا فات ، انقطع العقد . وهٰذا وجهٌ ضعيف .

وينبني علىٰ ما ذكرناه تمامُ التفريع .

٥٣٦١ـ فنقول : إن حكمنا بانفساخ الإجارة ، فلا كلام ، وإن حكمنا ببقائها ، فلو أتى المستأجر بثوبٍ آخر ، وأمر الأجير أن يُوقع العملَ المستحَقَّ عليه في الثوب الثاني ، جاز ذلك .

ولو قال المستأجر : ليس عندي ثوبٌ آخر ، أو قال : لست آتي بثوبٍ آخر ، والثياب عتيدةٌ عندي ، فكيف السبيلُ فيه ؟ ذكر **العراقيون وجهين** وأطلقوهما ، ثم فصلوهما علىٰ أحسن وجهٍ في البيان : قالوا : من أصحابنا من قال : إن لم يأت المستأجر بعينٍ أخرىٰ عن عجزٍ ، أو عن امتناع ، ومضت المدة التي يتأتىٰ في مثلها العملُ لو صادف محلاً ، استقرت الأجرة المسماة ؛ فإن الأجير مسلِّمٌ نفسَه ، لا امتناع منه .

والوجه الثاني ـ أن/ الأجرة لا تستقر ، [وإذا مضت المدةُ ، انفسخت الإجارةُ . ش ١٥٩

ويتأتىٰ أن نعبر عن هٰذين الوجهين بتخير المستأجر في وجهٍ وعدم تخيّره في وجه .

٥٣٦٢ـ ولا يتضح الغرض ما لم نكشف الأصلَ فيه ، فالأجير الحر إذا سلّم نفسه إلى المستأجر ، والإجارة واردةٌ علىٰ عينه ، فلم يستعمله المستأجر حتى انقضت المدة ، ففي استقرار الأجرة **وجهان** : **أحدهما** ـ أنها تستقر ، كما لو سلم مكري الدار الدارَ إلى المستأجر ، فلم ينتفع بها ، وانقطعت المدة ، والدار تحت يده .

---

(١) في بقائه : أي لو لم يتلف يكون متعيَّناً للعمل ومحلاً له ، ولا يجوز إبداله .

والوجه الثاني ـ أن الأجرة لا تستقر][1] في مسألة الحر ؛ فإن منفعته إن ضاعت في مدة التمكين ، فإنما ضاعت تحت يده ؛ فإن اليد لا تثبت على الحر ، وعلىٰ هـٰذا يخرّج القول في حبس الحر قهراً ظلماً حتىٰ تتعطل منافعه ، فهل يجب علىٰ حابسه أجرته ؟ فيه كلام قدمناه في كتاب الغصوب .

٥٣٦٣ـ وإذا ثبت ما ذكرنا ، عدنا إلىٰ غرضنا ، وقلنا : إذا لم يأت المستأجر بثوب آخر بعد تلف الثوب المعين ، فنقدر أولاً كأن الأجير مسلِّم نفسَه إلى المستأجر ، ولو فعل ذلك ، ففي استقرار أجرته الخلاف ، فإن رأينا أن نقول : لا تتقرر أجرته ، فينشأ من هـٰذا المنتهىٰ شيء ، وهو أن الثوب المعيَّنَ للقطع والخياطة لو كان باقياً ، فلم يسلِّمه إلى الأجير المعيّن ، فالقول في أن أجرته لا تستقر علىٰ ما ذكرناه . ولـٰكن لو بدا[2] له في قطع ذلك الثوب ، فهل نقول : يجب عليه الإتيان به أم كيف السبيل فيه ؟ فالذي يتجه عندنا أنه لا يجب عليه الإتيان بذلك الثوب ليقطع ، وقد سنح له غرضٌ ظاهر في الامتناع من قطعه ، ولـٰكن إذا كنا نفرع علىٰ أن أجرة الأجير تستقرّ ، فلو ترك الإجارة حتى انقضى زمانُها ، استقرت الأجرة .

ولو قال : أفسخ الإجارة، أو بدا لي لم يكن له فسخها؛ إذ لو أثبتنا له الفسخ، لكان ذلك فسخاً بالمعاذير ، ونحن لا نرىٰ ذلك ، وإنما قال به **أبو حنيفة**[3] رحمة الله عليه .

وإن قلنا : أجرة الأجير لا تستقر بانقضاء زمان الإجارة ، ولا [يجب][4] ـ علىٰ ما ذكرناه ـ الإتيانُ بالثوب ليقطع ، فيثبت حق الفسخ للأجير لا محالة ، فإن فسخ تخلَّصَ ، وسلمت منافعُه ، وإن تمادى الأجير ، ولم يفسخ ، فهو الذي تسبب إلىٰ تضييع منفعة نفسه . وإذا أثبتنا للأجير حقَّ فسخ الإجارة على الوجه الذي نفرّع عليه ، فلو أراد المستأجر الفسخَ ، فلست أرىٰ له ذلك ، ولست أعلم في فسخه غرضاً ؛ فإنه لو لم يفسخ ، لم يلتزم شيئاً ، وغرض الأجير ظاهرٌ في الفسخ . وإذا ترك الأجير الحظ

---

(١) كل ما بين المعقفين ساقط من الأصل .
(٢) بدا له : أي غير رأيه ، وصرف نظره عن قطع وخياطة ذلك الثوب المعين .
(٣) ر . المبسوط : ٢/١٦ ، وبدائع الصنائع : ٤/١٩٧ ، وحاشية ابن عابدين : ٥/٥٠ .
(٤) في الأصل : « نجيز » .

لنفسه[(١)] ، فلا يجب على المستأجر تحصيلُه له .

ولو شبب مشبب بإثبات الخيارِ للمستأجر ، كان ذلك وقوعاً في مذهب **أبي حنيفة** ، علىٰ أن **أبا حنيفة** إنما يفسخ بعذر ظاهر ، ولا عذر للمستأجر ، حيث انتهى الكلام إليه .

فإذا ظهر ما ذكرناه في امتناع المستأجر عن قطع ذلك الثوب المعيّن ، مع بقائه ، قلنا بعده : إن تلف ذلك الثوب ، وقلنا تنفسخ الإجارة بتلفه ، فلا كلام . وإن/ قلنا : لا تنفسخ بتلفه ، وفرعنا علىٰ أن أجرة الأجير تستقر بانقضاء زمان الإجارة ، فالظاهر عندنا أن المستأجر له أن يفسخ الإجارةَ ؛ فإنه قد لا يجد ثوباً ، وإن وجده ، فقد يظهر غرضُه في أن لا يقطعه ، وليس كما إذا بقي الثوب المعيّن الذي أوْرد العملَ عليه . ي ١٦٠

٥٣٦٤ـ وعن هـٰذا الخبط صار من صار من أصحابنا إلى انفساخ الإجارة بتلف الثوب المعيّن . وقد ظهر لي من كلام طوائفَ من أصحابنا أن الإجارة لا يفسخها المستأجر إذا قلنا : إنها لا تنفسخ ، وإن حكمنا بأن الأجرة تستقر بانقضاء زمان الإجارة .

فهـٰذا إذاً واقعةٌ تلتحق بتوابع العقود ، ومَغَبَّاتها ، فالأمر في [تخيّر][(٢)] المستأجر ، وقد تلف الثوب المعيّن على التردد الذي ذكرناه .

٥٣٦٥ـ ومما يتصل بتمام القول في هـٰذا الفصل ، ما قدمناه من الاستئجار علىٰ قلع الضرس ، والذي سبق ذكره لا نعيده ، فإن صححنا الاستئجار ، فسكن الوجع ، امتنع القلع . والأصح في هـٰذه الحالة انفساخ الإجارة ؛ فإن محل العمل قد انتهىٰ إلىٰ حالة يمتنع إيقاع العمل فيه ، [ولا بدل له][(٣)] .

وكان **شيخي** يحكي عن بعض الأصحاب أن الإجارة تبقىٰ ، والأجير يستعمل في قلع وتدٍ أو مسمار ، مع تقريب القول في تداني العملين . وهـٰذا عندي كلامٌ سخيف

---

(١) كذا . ولعلها : حظ نفسه ، أو الأحظ لنفسه .
(٢) في الأصل : تغيّر .
(٣) في الأصل : ولا بد له .

لا حاصل له ، فليس قلعُ الوتد من قلع السن في شيء ، ومن كان له في قلع السن غرض ؛ لم يقع قلعُ الوتد من غرضه بسبيل ، فلا وجه إلا الحكم بانفساخ الإجارة .

٥٣٦٦ـ وإذا ثبت ما ذكرناه ، عاد بنا الكلامُ إلى المرضعة واستئجارها لإرضاع الولد المعيّن ، [فنقول][1] : إذا مات ذلك الولد ، فالقول في انفساخ الإجارة علىٰ ما تفصّل ، والتفريعاتُ[2] تنتظم علىٰ ما مضىٰ .

فإن قلنا : لا تنفسخ الإجارة ، فذلك فيه إذا كانت تُرضع ولداً ليس منها .

٥٣٦٧ـ وإن وقع استئجارها لترضع ولد الزوج منها ، فمات ذلك الولد ، والتفريع علىٰ أن الإجارة لا تنفسخ بموت الولد الأجنبي منها ، لو كانت الإجارة واردةً عليه ، فإذا كان الولد ولدها ، وقد مات ، فهل تنفسخ الإجارة أم يأتيها المستأجر بولد رضيع أجنبي ؟

فعلىٰ قولين منصوصين : **أحدهما** ـ أن الإجارة لا تنفسخ ؛ بناء على المنتهى الذي انتهينا إليه ، وذلك لأن إرضاع الولد الأجنبي ممكن ، ويجوز الاستئجار عليه ابتداء ، فيجب بقاء العقد بإمكانه انتهاءً .

والقول الثاني ـ أن الإجارة تنفسخ ؛ فإن لبنها لا يدرّ على الأجنبي دروره علىٰ ولدها ، ولا [تترأم][3] الأجنبيَّ حسب/ ما كان تترأم علىٰ ولدها . ١٦٠ ش

وهـٰذا قولٌ ضعيف ، لا أصل له . والذي عندي فيه أن المصير إلى الانفساخ باطلٌ على الأصل الذي نفرّع عليه ، وإنما الذي يخيل علىٰ بُعدٍ ثبوتُ الخيار لها لما أشرنا إليه ؛ فإن الانفساخ ينبني علىٰ تعذر العمل بالكليّة ، ثم الخيار أيضاً فاسد من جانبها ؛ من جهة أن المستأجر لو قال : رضيت بما يحصل من اللبن علىٰ نقصانٍ ، فلا عذر لها .

نعم قد يتجه ثبوت الخيار للمستأجر ؛ من حيث يقدّر أن لبنها يقل على الأجنبي ،

---

(١) في النسختين : ونقول .
(٢) (د١) : في التفريعات .
(٣) في الأصل : تتزأم . وترأم (بالراء) : أي تتعطف ، وتتحبب ، وتلزم (المعجم) .

وحضانتها لا تصدر عن ترأُّمٍ وشفقة ، وكلّ ذلك خبطٌ ، وسببه ضعف القول الذي عليه التفريع .

والوجه القطع بأن ولده منها كالولد الأجنبي منها في التفريعات .

فصل

٥٣٦٨ـ إذا استأجر الرجل قميصاً ليلبسه ، جاز ذلك علىٰ شرطِ الإعلام بالمدة ، ثم يرعى المستأجرُ العادةَ في اللُّبس ، فيلبس بالنهار ، وبالليل في اليقظة ، ولا ينام فيه ؛ فإن ذلك مما يؤثر أثراً زائداً على اللّبس ، ويتجه أن يقال : إنه غير معتاد ، وإن كان يعتاده بعض الناس ، فهو من احتكامه علىٰ ملكه ، فإذا تعلق الكلام بالمضايقة في الانتفاع ، فالعرف حاكم بالتوقّي من مثل هـٰذا في ملك الغير .

وقال بعض الأصحاب : لا يلزم نزع القميص للقيلولة بالنهار ؛ فإن العادة جارية بأن الرجل لا يتجرد للقيلولة ، ويتجرد لنوم الليل ، وقد يتطرق إلىٰ وجوب النزع بعضُ الاحتمال في حق من يعتاد القيلولة .

ولو استأجر قميصاً ليلبسه فوق قميصٍ ، فقد يظهر وجوب النزع للقيلولة ؛ إذ هـٰكذا العادة .

ولو استأجره للّبس ، فاتّزر به ، لم يجز ؛ فإن الاتزار أضرُّ بالثوب من اللُّبس على الوجه المعتاد .

ولو ارتدىٰ به ، فقد ذكر **العراقيون وجهين** في جواز ذلك : **أحدهما ـ** أنه لا يجوز ؛ فإنه انتفاعٌ مخالف للمعتاد ، **والوجه الثاني ـ** أنه يجوز ؛ لأنه أقلُّ ضرراً من اللُّبس .

فصل

٥٣٦٩ـ إذا دفع ثوباً إلىٰ غسالٍ ليغسله ، فإن ذكر أجرةً مسماةً ، فلا كلام ، وإن لم يذكر الأجرةَ ، ولـٰكن عرّض بها ، فقال : اغسله ، وأنا أُرضيك ، أو أعرف حقك ، فإذا غسل ، استحق أجرة المثل .

ولو لم يتعرض للأجرة لا بتصريحٍ ولا بتعريض ، فالمنصوص عليه ، وهو ما عليه عامة الأصحاب أنه لا يستحق شيئاً ؛ لأن المنافع غايتها أن تكون كالأعيان في المالية ، بل هي دونها .

ولو أتلف رجل مال رجل برضاه ، لم يضمن شيئاً، فكذلك/ إذا أتلف الأجير منفعة بدنه برضا صاحب الثوب . ١٦١ ي

ومن أصحابنا من قال : يستحق العاملُ أجر مثل عمله، وهـٰذا اختيار **المزني** .

ومن أصحابنا من قال: إن كان ذلك الرجل معروفاً بالغسل بالأجرة ، استحق الأجرة بحكم العادة، ونزلت منزلة النطق، وإن لم يكن معروفاً بهـٰذا، لم يستحق لعمله أجراً.

ومن أصحابنا من قال : إن التمس الغسال دَفْع الثوب إليه فأسعفه صاحبُ الثوب ، لم يستحق الأجرة ؛ فإنه الذي ورّط نفسه في هـٰذا ، ورضي بتلف منفعته ، فلا يستحق شيئاً ، وإن التمس صاحب الثوب منه الغسلَ ، فيستحق حينئذ أجر عمله ؛ فإن المالك هو الذي أوقعه في العمل ، فكان بمثابة المتلِف لمنفعته .

والقول في أمثال ذلك كثير ، ونحن نذكر مجامع المذهب فيها .

٥٣٧٠ـ فإذا دخل الرجل الحمّام ، ولم يَجْرِ للأجرة ذكرٌ ، فنقول : أما قيمة الماء الذي سكبه ، فواجبة ، وقد يتجه إثبات المثل ؛ فإنه من ذوات الأمثال ، ويجب أجرة منفعة الحمام ؛ فإنه أتلفها ، وعلى المتلف قيمةُ ما أتلف ، وإن جرى الإتلاف بمشهدٍ من المالك ، فإذا كان كذلك ، فما الظن ، والعرف جارٍ بالتزام الأجرة .

فأما أجرة الدلاّك ، والمزيّن ، فتُخرّج على القاعدة التي ذكرناها في الاستعمال من غير ذكر أجرة ، ومهما غلبت العادة ، ظهر وجوب اتباعها .

ويبعد أن نقول : إذا تقدم الغسّال إلىٰ ثوب إنسان ، فرفعه وغسله أنه يستحق الأجر إلا أن يُفرضَ في رجل معروف بذلك ، وقد جرت عادته بهـٰذا ، واستمرت عادة الناس معه ببذل الأجرة . والمزيّن في الحمام يتقدم من غير استدعاءٍ في الغالب ، وكذلك الدّلاك ، ولـٰكن اطرد به العرف ، وهو في نهاية الظهور ، فَقَوِي إيجابُ الأجر مع العلم ، بتطرق الخلاف .

٥٣٧١ـ ومما يتعلق بهـٰذا أن الماء وإن كان مثلياً ، فقد جرى العرف بأنه يُتلف بالقيمة ، فللعرف في هـٰذا أثر ، ووجه الخلاف في هـٰذا المقام لائح ، فكأنا في وجهٍ نجعل عموم العرف ، كبيع الماء ، وقد ذكرنا في المعاطاة الغالب ، وأنها هل تكون بيعاً ، خلافاً للأصحاب ، وسنذكر في الضيافة ، وتقديمِ الطعام إلى الضيفان كلاماً بالغاً ، من الفن الذي نحن فيه في باب الوليمة ، ونلحق بها فصولاً في النَّثر واللقط ، إن شاء الله عز وجل .

٥٣٧٢ـ ونختم هـٰذا الفصلَ بأمرٍ ، وهو أن العادة تفسِّر اللفظَ المجملَ في العقود وفاقاً ، وعلىٰ هـٰذا تحمل الدراهم/ المطلقة علىٰ غالب النقود يوم العقد ، فلا يمتنع ذلك من حكم العرف ، وإن لم يجر لفظ أصلاً ، ففي إقامة العرف الغالب مقام اللفظ التردُّدُ الذي ذكرناه .

ش ١٦١

فصل

٥٣٧٣ـ يتعلق بالاستئجار في القصارة ، وتلف الثوب مقصوراً ، وما يتعلق به ، وهو فصلٌ عويص ، يجب الاعتناء بفهم ما فيه .

٥٣٧٤ـ فنقول **أولاً** : إذا استأجر الرجل قصَّاراً حتىٰ يقصُر الثوبَ ، فعليه أن يقتصد ويقتصر علىٰ ما يُحصِّل الغرض ، فإن جاوز الحدّ ، وعدّه أهلُ الصناعة زائداً في الدق وغيره من الأعمال المؤثرة علىٰ قدر الحاجة ، ثم ترتب عليه تلفُ الثوب أو تعيّبُه ، وجب الضمان . وهـٰذا العدوان لو فرض من الأجير المشاهَد ، لأوجب الضمان عليه ؛ فإنه إتلافٌ ، والإتلاف يستقلّ بإيجاب الضّمان من غير فرض يد .

ولو اقتصر على القدر المطلوب في مثل الغرض المستدعَىٰ ، لم يتعلّق الضمان بفعله ، وإن أدّىٰ إلى التلف .

٥٣٧٥ـ وينشأ الاختلاف من اليد ، وقد ذكرنا تردّدَ القول في يد الأجير المنفرد ، ويدِ الأجير المشترك ، وقد ذكرتُ ما في النفس من هـٰذا ، وهو إشكالٌ على المذهب لا يُحلّ ، فإني قلتُ : إن كان التلف بآفةٍ سماوية ، فيخرّج هـٰذا علىٰ اليد ، وأنها يدُ

أمانة ، أو يدُ ضمان قريب ، ويؤول الكلام إلىٰ تقوية قولٍ ، وتضعيفِ قولٍ ، كما قدمتُه في تضمين الأجراء .

ثم إن جعلنا يدَ الأجير يدَ ضمان ، فيده كيد المستعير ، وفي كيفية الضمان على المستعير **القولان المشهوران** : **أحدهما** ـ أنه كضمان الغصب ، **والثاني** ـ أنه ليس كضمان الغصب .

٥٣٧٦ـ فأما إذا كان سببُ العيب أو التلف الفعلُ ، وهو مقتصدٌ مأذون فيه ، فلست أرىٰ لإيجاب الضمان وجهاً . ولو أذن المغصوب منه للغاصب في إتلاف العين ، فأتلفها ، لم يلتزم الضمان ، ولـٰكن الذي ذكره الأصحاب في الطرق تخريج التلف بالفعل على التلف بآفة سماوية .

والأجير المشاهَد إذا قَصَر ، وما فرّط وما قصّر ، فإن الأصحاب لم يصيروا إلىٰ إيجاب الضمان عليه ؛ إذ لا يدَ له ، والفعل مأذون فيه ، وانفرد **أبو سعيد الإصطخري** بإيجاب الضمان على الأجير المشاهَد إذا عمل ، واقتصد وأدىٰ عملُه إلى التلف ، أو التعيُّب ، علىٰ ما حكاه **العراقيون** عنه ، وهـٰذا متروكٌ عليه ، وليس معدوداً من المذهب ، وهو كثير الهفوات في القواعد ، ولا شك أنه لم يوجب الضمان على المشاهَد/ بسبب اليد ؛ فإن اليد للمالك الكائن معه ، وإنما أوجبه للفعل ، وهـٰذا ينافي **قاعدةَ الشافعي** ؛ فإن الفعل مأذون فيه ، وقد صوّرناه مقتصداً ، وضمان الأجراء يأتي علىٰ قول التضمين من جهة اليد ؛ لا من جهة الفعل . وإنما ربط الضمان بالفعل **أبو حنيفة** ، لما قال : لو تلفت العين في يد الأجير بآفةٍ ، لم يلزم الضمان ، ولو تلفت بسبب الفعل المستدعىٰ يجب الضمان . ١٦٢ ي

٥٣٧٧ـ ومما يتعلق بمضمون الفصل أن الأجيرَ لو قصَرَ الثوبَ ، كما رُسم له ، ثم جحد الثوبَ ، وتلف في يده ، فضمان الثوب واجبٌ ، لمكان الجحود ؛ فإنه عُدوان يناقض الأمانة ، ويضمنُ به المودَع .

٥٣٧٨ـ والكلامُ في استحقاق الأجرة ، فنقول : إن قَصَر أولاً ، ثم جحد ، استحق الأجرة ، فلو اعترف بعد الجحود ، وردَّ الثوب مقصوراً ، طلب الأجرَ . ولو جحد

أولاً ، وقصر الثوبَ جاحداً ، ثم اعترف ، ورد الثوبَ ، ففي استحقاق الأجرة وجهان : **أحدهما** ـ أنه يستحق الأجرة لإيفائه العمل المعقودَ عليه ، ووقوعه علىٰ حسب الاستدعاء .

والوجه الثاني ـ أنه لا يستحق الأجرة ، فإنه أضمر أن يعمل لنفسه لمّا جحد ، ثم قصر ، فلا يستحق لذلك أجراً . والوجهان في ذلك كالقولين فيه إذا نوى الأجيرُ على الحج [الحجَّ عن](١) مستأجِره أولاً عند العقد ، ثم صرف النية إلىٰ نفسه ، ظاناً أن الحج ينصرف إليه ، فنقول : الحج يقع عن المستأجِر ، وفي استحقاق الأجير الأجرةَ قولان ، مأخوذان من الأصل الذي ذكرناه .

٥٣٧٩ـ ومما يتعين تجديد العهد به ، وعليه تتفرع مسائل مهمّة أن القِصارة إذا وقعت من القصَّار ، فهي أثرٌ أم هي نازلةٌ منزلةَ الأعيان ؟ وفيه قولان مشهوران ، ذكرناهما في كتاب التفليس ، وتناهينا في تقريرهما ، وبيانهما ، ونبهنا علىٰ غلطاتٍ لبعض المفرّعين [فيهما](٢) ، ونحن الآن نذكر في هـٰذا المقام ما يليق بالتفريع عليهما ، فنقول أولاً :

٥٣٨٠ـ إذا صبغ الأجير الصبّاغُ الثوبَ بصِبغٍ من عند نفسه ، وظهرت قيمةُ الصبغ زائدةً علىٰ عين الثوب ، فللأجير أن يحبس الثوبَ حتىٰ يستوفي الأجرة ؛ لأن له فيها عينُ مالٍ . هـٰكذا أطلقه الأئمة .

٥٣٨١ـ وإن كان الأجير قصَّاراً ، فقَصَر ، فهل يستمسك بالثوب إلىٰ أن تتوفر الأجرةُ عليه ؟ فعلىٰ قولين مبنيَّيْن علىٰ أنَّ القِصارة أثرٌ أو عين ، فإن جعلناها عيناً ، جوزنا للأجير التمسكَ بالثوب حتىٰ تتوفر الأجرةُ عليه ؛ فإن حقَّه علىٰ هـٰذا القول يتعلق بالقِصارة تعلّق استيثاق/ ، كما تقدم إيضاحه في التفليس ، ولا يتصور التمسك بالقصارة وحدَها ، فيثبت التمسك بالثوب .

ش ١٦٢

---

(١) عبارة الأصل : « إذا نوى الأجير على الحج مستأجر أولاً عند العقد » وفي نسخة (د١) : « إذا نوى الأجير على الحج مستأجره أولاً عند العقد » والمثبت تصرف من المحقق رعاية للمعنىٰ .

(٢) في الأصل : منهما .

٥٣٨٢ـ (١) وإن قلنا : القصارة أثر ، فليس للأجير التمسك بالثوب ، فليتعيّن (١) عليه ردُّه ، وطلبُ الأجرة حقّه لا تعلق له بالثوب .

٥٣٨٣ـ وما أطلقه الأصحاب من حبس الثوب المصبوغ فيه مستدرَكٌ للناظر ؛ فإنا ميّزنا في التفليس بين الصِّبغ ، وبين عمل الصابغ ، فيجب أن يقال : ما يقابل قيمةَ الصبغ يجوز إمساك الثوب لتسلّمه ، وما يزيد علىٰ قيمة الصبغ ، فهو في مقابلة العمل ، فيُبنىٰ على القولين في أنه أثر أم عين .

٥٣٨٤ـ ومما يجب التنبّه له في هـٰذا المقام أنا ذكرنا اختلافَ القول في أن بائع العين هل يثبت له حق حبسها إلى استيفاء الثمن ، ولم يتعرض الأصحاب لذلك في الصبغ ، ولم يُشيروا إلى الاختلاف ، بل قطعوا بجواز الحبس ، وفيه توقُّفٌ وتردد ، فيجوز أن يقال : جرىٰ قطعهم بذلك تفريعاً علىٰ ثبوت حق الحبس ، وكثيراً ما يُجري الأصحابُ التفريع علىٰ قول الحبس من غير تعرض لذكر الخلاف ، والظاهر الذي يشير إليه فحوىٰ كلام الأصحاب أن حق الحبس في هـٰذا غيرُ مختلَفٍ فيه ، وليس من قبيل حبس المبيع ، ولعل السببَ فيه أن الأجير إذا تمم العمل ، فقد وفّىٰ ما عليه كَمَلا ، وفات [المعوَّضُ](٢) من جانبه ، وهـٰذا يوجب له حقَّ استمساكٍ واستدراكٍ ، ثم الصبغ جرىٰ علىٰ منهاج المنافع ، ولذلك لم يُشترط إعلامه على الصباغ ، وانبثاثه في الثوب المملوك للمستأجِر مشابهٌ لحصوله في يد مالك الثوب .

وحق الفقيه أن يتفطّن للأصول ويميّزَ بعضَها عن البعض ، فلا يعتقد انسحابَ حكمٍ واحدٍ على القواعد ، فهـٰذا إذن قاعدة أطلقها الأئمة في الصبغ ، لم يشبّبوا فيها بخلاف .

٥٣٨٥ـ فإذا تمهّد ما ذكرناه ، رتّبنا عليه أصلاً ، ينْشعِب عنه أربعُ مسائل .

والأصل أن القِصارَ إذا قصرَ الثوبَ ، ثم تلف في يده ، وفات ، فلا يخلو إما أن يتلف بآفةٍ سماوية .

أو يتلف بإتلاف أجنبي .

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (د١) .

(٢) في الأصل : المقصود .

أو يتلف بإتلاف المالك .

أو يتلف بإتلاف القصار .

٥٣٨٦ـ فإن تلف الثوب بآفةٍ سماويةٍ ، أُثبتت المسألة أولاً على القولين في أن القصارة أثرٌ أو عين .

فإن حكمنا بكونها أثراً ، (٢ وهو الأصح ، الذي لا [يستدّ][1] على القياس غيره ٢) ، فالحكم الآن يُبتنىٰ علىٰ أصلٍ آخر ، وهو أن يد الأجير يدُ أمانة أو يدُ ضمان ، إن قلنا : يده يدُ أمانة ، فلا شيء/ للمالك على القصّار ، وللقصَّار عليه الأُجرة ، ومن حُكم هـٰذا القول ثبوتُ الأجرة ، مهما ثبت العمل ، والأصل أنا نقدره في حكم المسلَّم الموفّر ، فنقضي [بالأجرة][3] ، ثم ننظر فيما وراءها من الأحكام .

ي ١٦٣

وإنّ حكمنا بأن يدَ الأجير يدُ ضمان ، ألزمناه ضمان الثوب مقصوراً ، وله حقُّ الأجرة ، ثم يجري التقاصّ [بعد الأجرة][4] ومقدارِها ، مما يلتزمه الأجير للمالك .

فهـٰذا إذا فرعنا علىٰ أن القِصارَة أثر .

٥٣٨٧ـ فإن حكمنا ، بأنها عينٌ أو حالّة محل العين ، فحكم هـٰذا القول يتفرع أيضاً علىٰ قولي الضمان والأمانة .

فإن حكمنا بأن يد القصار يدُ أمانة ، لم يضمن الأجير شيئاً للمالك ، ولم يستحق الأجرَ أيضاً ، وكأنا نقول : ضَرباً للمثل : القصارةُ قبل تسليم الثوب إلى المالك ، تحت يد الأجير ، بمثابة المبيع تحت يد البائع ، فإذا فات الثوبُ ، وفاتت القِصارة ، سقط عِوض القِصارة سقوطَ الثمن بتلف المبيع ، وهـٰذا تمثيلٌ . والتحقيق فيه أنا نقدر القِصارَة جزءاً من عمل الأجير ، فإذا لم يصل إلى المالك ، قدّرنا كأن العمل لم يكن . وقول العين في نهاية الضعف ، وتضمين الأجير بالغٌ في الضعف أيضاً ، فإذا اجتمعا

---

(١) في الأصل: «يستمرّ» والمثبت تصّرف من المحقق، على ضوء المعهود من ألفاظ الإمام، والأوفق للمعنى.

(٢) ما بين القوسين ساقط من (د١) .

(٣) في الأصل : الأجرة .

(٤) ساقط من الأصل .

تفرَّعَ عليهما تفريعٌ ملفقٌ أضعفُ منهما ، فإن حكمنا علىٰ قول العين بأن يدَ الأجير يدُ ضمان ، فيتفرع أولاً سقوطُ الأجرة لفوات القِصارة ، ونزوله منزلةَ تلف المبيع ، والنظر وراء ذلك فيما يضمنه الأجير .

والصور تتشعب ، وقد أتيْتُ علىٰ أطرافها في كتاب التفليس ، وأنا أرتاد الآن منها صورةً تقع وسطاً ، وننبّه علىٰ طرفها ، فأقول :

٥٣٨٨ـ كان الثوب على البت[1] يساوي عشرة ، فصار يساوي مقصوراً خمسةَ عشرَ ، والأجرة المسماة درهمٌ .

أما الأجرة ، فتسقط لفوات القِصارة ، وأما ما يضمنه الأجير ، فالذي أشار إليه كلامُ الأصحاب ، وصرّح به المحققون أن الأجير يغرَم قيمةَ الثوب على البت ، ونجعل كأن القصارة لم تكن ، فإذا اعتقدنا القِصارةَ من طريق التقدير كالعين المبيعة وبائعها الأجير ، فإذا فات المبيع قبل القبض ، لم يلتزم البائع شيئاً إلا سقوطَ الثمن ، فكذلك الأجير ، تسقط أجرتُه ويغرَم قيمةَ الثوب غيرَ مقصور ، وكأن القصارة لم تقع .

٥٣٨٩ـ وهـٰذا يتطرّق إليه إشكال من كتاب التفليس ، وذلك أنا إذا فرعنا علىٰ أن القِصارة عينٌ ، وقد اشترى الرجل ثوباً قيمتُه عشرة ، واستأجر من يقْصُره بدرهم ، فبلغت قيمةُ الثوب خمسةَ عشرَ ، ثم أفلس المشتري ، وأجرة [الأجير][2] وثمن الثوب/ في ذمته ، فإذا فرّعنا علىٰ أن القصارة عينٌ ، وفسخ البائع البيع وآثر الأجير التعلّقَ بالقصارة ، حتىٰ لا يضارب ، فالثوب يُباع ولا يُصرف من ثمنه إلى الأجير إلا درهمٌ . وباقي التفصيل مذكور في موضعه . ١٦٣ ش

٥٣٩٠ـ ووجه التعلّق بالمسألة أنا لم نجعل الأجير راجعاً إلىٰ تمام قيمة القصارة ولم يزد علىٰ أجرته ، وما ذكرناه قبلُ من أن القِصارة إذا فاتت في يد الأجير ، فكأنها فاتت له ، يناقضُ هـٰذا الذي ذكرناه الآن ، والمصير إلىٰ قصر حقه على الأجرة يوجب أن يضمن الأجيرُ لمالك الثوب أربعةَ عشرَ درهماً . هـٰذا بيّنٌ ؛ فإذاً ينقدح في الصورة

---

(١) البت : أي قبل القصارة . (الخام) بلغة عصرنا .
(٢) في الأصل : الثوب .

التي ذكرناها وجهان : **أحدهما** ـ وهو ظاهر كلام الأصحاب أن القصارة تسقط بجملتها من حساب الضمان ، ووجهه ما نبهنا عليه .

والوجه الثاني ـ أنه لا يسقط إلا قدر الأجرة من القِصارة ، والباقي يضمنه الأجير ضمّاً إلىٰ قيمة أصل الثوب .

٥٣٩١ـ وذكر **شيخنا أبو علي** وجهاً غريباً ، عن بعض الأصحاب : أنا إذا حكمنا بتضمين الأجير ، وجرينا علىٰ أن القصارة أثرٌ ، فإذا قَصَر ، وتلف الثوب المقصور في يده ، لم يستحق الأجرَ ، وإن حكمنا بكون القصارة أثراً ؛ فإنَّ تغليظ التضمين ينافي استحقاق الأجر . وهـٰذا الوجه ضعيفٌ جداً بالغ **الشيخُ** في تزييفه ، وحكم بكونه غلطاً ، ولهـٰذا أخّرتُه عن ترتيب المذهب وسياقِه .

هـٰذا كله كلامٌ فيه إذا تلف الثوبُ المقصور في يد الأجير بآفةٍ سماوية .

٥٣٩٢ـ فأما إذا تلف بإتلاف أجنبي ، فذلك يتفرع علىٰ **الأصلين** : **أحدهما** ـ أن القِصارة أثر ، أو عين ، والآخر أن يد الأجير يدُ أمانة ، أو يدُ ضمان ، وترتيب التفريع أن نقول : إن صرنا إلىٰ أنها أثر ، فللقصار الأجرة المسماة ؛ فإنه قد أتم العمل ، واستحق الأجرة ، ثم إن قلنا : يدُ الأجير يدُ أمانة ، فلا تبعةَ على الأجير ، والأجنبي يغرَم الثوبَ مقصوراً لمالكه .

وإن قلنا : يد الأجير يد ضمان ، فلا شك أن قرار الضمان على الأجنبي المتلِف ، ولـٰكن الأجير طريقٌ في الغرم ، فالمالك يُغرِّم أيَّهما شاء ، فإن غرَّم الأجنبيَّ طلب منه قيمةَ الثوبِ مقصوراً ، [واستقر الضمان .

وإن اختار تغريمَ الأجير غرَّمه قيمةَ الثوب مقصوراً][1] أيضاً ، ثم إنه يرجع بما يغرَم على الأجنبي ، وللأجير أجرتُه علىٰ قولِ الأثر سواء ضَمَّنَّاه ، أو لم نضمِّنه .

٥٣٩٣ـ وإن جعلنا القصارة عيناً ، فليقع التفريع على الأصح ، وهو أن الأجنبيَّ إذا أتلف المبيعَ قبل القبض ، لم نحكم بانفساخ العقد ، فنقول علىٰ موجَب هـٰذا : إذا

---

(١) ما بين المعقفين سقط من الأصل .

جعلنا القصارةَ عيناً ، وقد أتلف الأجنبيُّ الثوب ، وفوّت القِصارة ، فلا ينفسخ العقد بين الأجير والمالك المستأجِر ، لـٰكن يثبت للمستأجر/ الخيارُ في فسخ العقد المعقود ١٦٤ ي على القصارة ، وهـٰكذا القول في المشتري ، وتخيُّره إذا أتلف الأجنبيُّ المبيعَ قبل القبض ، فإن اختار المستأجرُ فسخَ العقد في القصارة ، سقطت الأجرة للقصار عن المستأجر ، ثم نقول وراء ذلك :

٥٣٩٤ـ إن جعلنا يده يدَ أمانة ، فلا تبعة ، ولا طَلِبَة للمالك عليه ، ثم لا يحبَط حقُّه ؛ فإن القصارة في حكم عين متلفة عليه ، ونصور في هـٰذا المنتهى الصورة التي ذكرناها قبلُ ، فالثوب على البت عشرة ، والأجرة المسماة درهمٌ ، والثوب المقصور خمسةَ عشرَ ، ونزيد ، فنقول : أجرة مثل القصار نصف درهم ، فيرجع الأجير على الأجنبي المتلِف . والذي قطع به الأئمة قاطبةً أنه لا يغرِّمه قيمةَ القِصارة خمسة ، بل يرجع بمقدار أجرته ، ثم المسألة محتملة ، فيجوز أن يقال : إنه يستحق مقدار الأجرة المسماة من القصارة ، وكأن ذلك القدر ارتدّ إليه بفسخ المستأجر ، فيطالِب بقيمة ذلك المقدار المتلِف المفوّت . ويجوز أن يقال : لا يطالب المتلِف إلا بأجر مثله ؛ فإنَّ فسخ المستأجر ، أسقط اعتبار الأجرة المسماة ، فلا يستحق الأجير إلا مقدارَ قيمة عمله من القصارة ، وقيمةُ عمله أجرُ مثله . فإن قيل : هلا جعلتم جميع القصارة له ؟ قلنا : هـٰذا أصلٌ مهدناه في كتاب التفليس ، فلا حاجة إلىٰ إعادته هاهنا .

٥٣٩٥ـ وتمام الكلام في ذلك أن المالك إن غرّم الأجنبيَّ ، غرَّمه قيمةَ الثوب إلا ما غرّمه الأجير ، فإنه لو غرمه القيمة [التامة][1] وغرمه الأجير[2] ما ذكرناه لتثنّى الضمان عليه في ذلك المقدار .

٥٣٩٦ـ وإن جعلنا يد الأجير يدَ ضمانٍ ، فإنه يضمّنه إن أراد ما يضمّن المتلِف ، ثم إنه يرجع بما يغرَمه على الأجنبي المتلِف .

٥٣٩٧ـ وإذا بان الحكم في الصورة التي ذكرناها، لم يخف ما سواها ، فلو كان

---

(١) في الأصل : الثانية .

(٢) في (د١) : «الأجنبي».

الثوب على البت عشرة ، وهو مقصور أحدَ عشرَ ، والأجرةُ درهمٌ ، فينتظم في هـٰذه الصورة أن نقول علىٰ قول العين ، وعلىٰ تضمين الأجير : إن أراد المالك تضمينَ الأجنبي، ضمّنه قيمةَ الثوب على البت ، وكذلك إن أراد تضمين الأجير ، ولانطلق هـٰذا الحد في الصورة الأولىٰ ، فإنا صوّرنا القِصارة زائدةً على الأجرة [في الصورة الأولىٰ][1] ، ورأينا قصرَ حق الأجير علىٰ مقدار أُجرته ، فنظمنا في تلك الصورة ما يليق [بها][2] ولا يحيط الناظر بهـٰذه المسائل علماً ، ما لم تكن قاعدةُ التفليس علىٰ ذُكرٍ .

٥٣٩٨ـ وما ذكرناه فيه إذا اختار المالك في مسألة إتلاف الأجنبي فَسْخَ العقد المعقود على القِصارة ، فإن أجازَ العقدَ فيها ، غرم للقصار الأجرة المسماة ، ثم إن قلنا : يد الأجير/ يدُ أمانة ، [فلا][3] تبعة للمستأجر على الأجير ، فيغرِّم الأجنبيَّ قيمةَ الثوب مقصوراً ، بكمالها . وإن قلنا : الأجير ضامن تخيَّر المالك ، فإن شاء غرّم الأجير القيمةَ التامة والثوب مقصور ، ثم إنه يرجع بما يغرَمه على الأجنبي المتلِف ، وإن غرّم الأجنبيَّ ، استقر الضمان عليه ، فيغرّمه قيمةَ الثوب مقصوراً ، ولا تعلّق للأجير بالثوب ؛ فإنه استوفىٰ أجرته من المستأجر ؛ إذْ أجاز العقد ، فلم يبق له طَلِبة .

ش ١٦٤

٥٣٩٩ـ فأما إذا تلف الثوبُ بإتلاف المالك ، فالأجرة تتقرر علىٰ كل قول ؛ فإنها مستقرة علىٰ قول الأثر ، وإن جعلنا القِصارة عيناً ، فقد أتلفها مستحقُّها ، فصار بإتلافها قابضاً ، كالمشتري يُتلف المبيعَ ، فإن الثمنَ يتقرر عليه .

٥٤٠٠ـ [وأما إذا][4] تلف الثوبُ بإتلاف الأجير ، فينبني هـٰذا على القولين في أن البائع إذا أتلف المبيع ، فكيف حكمه . وفيه **قولان** :

أحدهما ـ أنها كآفةٍ سماوية .

---

(١) ساقط من الأصل .
(٢) في الأصل : بهـٰذا .
(٣) في الأصل : من يد من لا تبعة .
(٤) في الأصل : وإن تلف .

والثاني ـ أنها كجناية أجنبي .

٥٤٠١ـ فإن جعلناها كآفة سماوية ، وجعلنا القصارة أثراً ، فللأجير أجرته ، ويغرَم هو قيمةَ الثوب مقصوراً للمالك . وإن قلنا : القصارة عين ، فتسقط الأجرة بسبب إتلاف الأجير الثوبَ ، وتفويته القصارةَ ، ويغرَم للمالك ما يزيد علىٰ حقه من الأجرة ، كما فصّلته في الصورة المقدّمة .

٥٤٠٢ـ وإن جعلنا إتلافَه كجناية أجنبي ، وقلنا : القِصارةُ أثر ، فله أَجْرُه ، وعليه قيمةُ الثوب مقصوراً .

٥٤٠٣ـ وإن قلنا : القصارة عين مالٍ ، فللمالك الخيار في فسخ العقد المعقود على القصارة ، فإن فسخ ، سقطت الأجرة ، وطالب الأجيرَ [بما][1] يطالب به الأجنبي المتلِف ، ولا شك أن حق الأجير محطوطٌ من القيمة كما ذكرنا وجهَ الكلام فيه علىٰ أبلغ سبيل في البيان .

ثم لا شك أنه لا يستحق الأجرة ؛ فإنا[2] حططناها له ، والقول في أجرة المثل ، والأجرة المسماة علىٰ ما تفصل . وإن اختار المالك الإجارة ، استحق الأجير الأجرة ، وغرم قيمة الثوب مقصوراً .

وقد نجزت المسائل علىٰ أحسن مساق ، والله المشكور .

* * *

---

(١) في الأصل : ما .

(٢) (د١) : قلنا حططناها .

كِتَابُ المُزَارَعَةِ

٥٤٠٤ـ قد قدمنا تفسيرَ المزارعة ، والمخابرة في كتاب المساقاة ، ونحن نجدد ذكرهما لغرضٍ لنا ، فالمزارعة أن يسلّم مالكُ الأرض الأرضَ والبَذْرَ إلىٰ مَنْ يعمل في الأرض ، ويزرعها بتكريبه ، وتقليبه ، وثيرانه ، وفَدّانه[1] ، وسائر آلات الزراعة ، علىٰ أن ما يحصل من الزرع ، فهو بينهما علىٰ ما يتشارطان ، وعبّر الأئمة ، فقالوا : المزارعة/ استئجار الزراع ببعض ما يخرج من الزرع . ١٦٥ ي

٥٤٠٥ـ والمخابرة أن يسلّم الأرض ليزرعها ببَذرٍ من عند نفسه ، والزرع بينهما ، علىٰ ما يتشارطان ، فمعنى المخابرة إكراء الأرض ببعض ما يخرج منها .

٥٤٠٦ـ والمعاملتان باطلتان عندنا ، وهو مذهب معظم العلماء ، لا تصح واحدة منهما ، إلا المزارعةُ على الأراضي الواقعة في خَلَلِ النخيل ، تبعاً للمساقاة المعقودة على النخيل ، كما تقدّم تفصيلُ ذلك في كتاب المساقاة ، وقد روي عن ابن عمرَ أنه قال : « كنا نخابر أربعين سنة ولا نرىٰ بذلك بأساً ، حتىٰ ورد علينا رافعُ بنُ خَديج ، فأخبرنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهىٰ عن المخابرة ، فتركناها لقول رافع »[2] . وقد روي أنه صلى الله عليه وسلم نهىٰ عن المزارعة ، غير أن النهي عن المخابرة أصح[3] .

---

(١) الفدّان : بالتثقيل آلةُ الحرث (المحراث ، والنِّير) (المعجم والمصباح) .

(٢) حديث رافع بن خديج أخرجه الشافعي عن ابن عيينة ، في مسنده: ٢/ ١٣٦ ، ح٤٤٧ ، ورواه مسلم بمعناه: كتاب البيوع ، باب كراء الأرض ، ح ١٥٣٦ . وانظر التلخيص: ٣/ ١٣٠ ح١٣٠٩ .

(٣) حديث جابر وغيره أن النبي صلى الله عليه وسلم نهىٰ عن المخابرة ، متفق عليه من حديث جابر : اللؤلؤ والمرجان: ح٩٩٢ ، التلخيص : ٣/ ١٣٠ ح١٣١٠ .
أما حديث النهي عن المزارعة فقد رواه مسلم من حديث ثابت بن الضحاك (المساقاة ، باب في المزارعة والمؤاجرة ، ح ١٥٤٩) ، وانظر التلخيص: ٣/ ١٣١ ح ١٣١٢ .

والمزارعة عند **الشافعي** مقيسة على المخابرة ، وصحح **محمدُ بنُ الحسن** رحمة الله عليه **المزارعة** ، وقاسها على المساقاة ، فإنه من القائلين بصحة المساقاة .

٥٤٠٧ـ ثم حكم المزارعة أن الزرع بكماله لمالك البَذر ، لا حظ للأجير فيه ، وله مثلُ أجر عملهِ ، ولا شك أن الأجرة تكون من النقد ، وحكم المخابرة أن الزرع بكماله للزراع ، فإنه صاحب البَذْر ، وليس لمالك الأرض إلا أجرةُ مثلِ أرضه .

٥٤٠٨ـ ثم الناس مبتلون بصورة المزارعة مع الحرّاثين ، فذكر العلماء حيلاً قريبة في تصحيح الغرض ، **ذكر الشافعي منها حيلتين ـ إحداهما ـ** أن [يعير][1] مالكُ الأرض نصفَ الأرض من صاحبه ، ثم يأتيان ببَذْر من عندهما ، ويعملان فيها معاً ، فيكون الزرع بينهما نصفين بحكم الاشتراك في البَذْر . وهـٰذا صحيح .

ولـٰكن عمل مالك الأرض مع الحراث ، غيرُ معتاد ؛ فالأولىٰ تمهيدُ طريقٍ تُبرىء مالكَ الأرض من العمل .

٥٤٠٩ـ فقال **الشافعي** في ذلك : يكري مالكُ الأرض نصفَ الأرض بنصف عمل العامل ، ونصف منفعة الآلات التي يستعملها العامل ـ إن كانت الآلات له ، ويكون البَذْر مشتركاً ، فيشتركان في الزرع علىٰ حسب الاشتراك في البذر ، فإن ملك الغلّة يتبع ملكَ البذر في الخلوصِ والاشتراكِ ، والعملُ يقع نصفُه عوضاً عن نصف منفعة الأرض ، فيعتدل الأمر .

وإذا أراد أن يكون الزرع بينهما أثلاثاً ، فليكن البذر بينهما كذلك ، فالتعويل على البذر ، فإن لم يكن للعامل بذر أقرضه ربُّ الأرض المقدارَ الذي يُشترط له من/ الزرع ، وإذا وقعت الشركة في البَذْر ، فلا حاجة إلىٰ شرطٍ في الزرع ، ولو جعل بعض البذر أجرةً لبعض عمل الزارع ، أمكن ذلك . ش ١٦٥

ولست للإطناب في مثل هـٰذا ؛ فإني لا أنتهض إلا لحل المشكلات ، وأرى الاجتزاءَ بالمرامز في الجليّات .

---

(١) في الأصل : يعين .

هـٰذا مقدار الغرض في صدر هـٰذا الكتاب .

٥٤١٠ـ ثم مسائل الكتاب بعد ذلك في إجارة صحيحة ، على الأراضي علىٰ شرط الشرع ، فيقع مضمون الكتاب باباً من الإجارات في صنفٍ من العقارات ، وإنما أفردها **الشافعي** [لاختصاصها][(١)] بقضايا وخواصَّ تتعلق بها .

٥٤١١ـ ثم قال **الشافعي** : « ويجوز كراء الأرض بالذهب والورِق ، وما ينبت من الأرض »[(٢)] وقصد بهـٰذا الفصلِ الردَّ علىٰ **مالك**[(٣)] ، فيجوز استئجار الأرض عندنا بالنَّقْدين ، وبمقدارٍ مُقدَّرٍ مما تنبته الأرض ، ومنع **مالك** اكتراء الأرض بما تنبته الأرض وإن قُدّر وأثبت عوضاً ، ولم يُضَف إلىٰ ما تنبته الأرض المكتراة[(٤)] . وهـٰذا من القول الركيك ، والنظرِ الحائد ، وإنما حمله علىٰ هـٰذا إطلاقُ الناس قولَهم بأن المزارعة هي إكراء الأرض ببعض ما يخرج منها ، ولم يعلم أن المحذور جعلُ جزء مما يخرج من الأرض أجرةً ؛ فإن ذلك مجهول وغرر .

فصل

قال : « ولا يجوز الكراء إلا علىٰ سنة معروفة . . . إلىٰ آخره »[(٥)] .

٥٤١٢ـ اكتراء الأرض بمثابة اكتراء الدور والمساكن ، وغيرها ؛ فلا بد من إعلامِ المعقود عليه بضربِ المدة ، ثم شرطُها أن تكون مضبوطةً بالزمان المقدّر ، ولو قال : اكتريت هـٰذه الأرضَ مدة الزراعة والحصاد ، لم تصحّ الإجارة ، وإن كنا قد نُصحح معاملةَ المساقاة علىٰ هـٰذا الوجه ؛ فإن المساقاة فيها جهالات محتملة لائقة بمصلحتها، فقد لا يبعد احتمالُ مثل ذلك في المدة . وأما إجارة الأراضي ، فإنها بمثابة إجارة

(١) في الأصل : لاختصاص هـٰذا .
(٢) ر . المختصر : ٣/ ٩٢ .
(٣) ر . حاشية الدسوقي : ٤/ ١٧ ، جواهر الإكليل : ٢/ ١٨٨ ، ومختصر اختلاف العلماء : ٤/ ١٢٠ مسألة : ١٨١٣ .
(٤) في (د١) : المكرَاة .
(٥) ر . المختصر : ٣/ ٩٣ .

الدور ، ثم سبيل إعلام مدة الإجارة كسبيل إعلام الآجال في الأعواض المؤجلة .

٥٤١٣ـ فإن قال : اكتريت هـٰذه الأرضَ سنة ، [صحّ و][1] حملت السنة على الأشهر بالأهلة ، وتحسب أحد عشرَ شهراً بالأهلة نقصت أو وفت ، وينكسر الشهر الذي جرت الإجارة فيه ، فتحسب أيام ذلك الشهر ثلاثين يوماً ، نقص الشهر ، أو وفىٰ ، ثم تُستكمل أيام ذلك الشهر من الشهر الثالث عشر . وهـٰذا بيّنٌ مكررٌ في مواضعَ . وحظ الفقه[2] منه أن السنة المطلقة لا تحمل إلا على السنة العربية ، وهي بالأهلة ، كما وصفنا .

وإن ذكر سنة رومية ، أو فارسية ، وكانا عالمين بذلك الحساب ، صحّ العقد ، وإن جهلا أو أحدُهما ، لم يصح العقد . والتأجيل بعيد الفطر والأضحىٰ جائز .

وإن وقع التأقيت بعيدٍ من أعياد المشركين ، فإن كان المسلمون لا يعرفون ذلك إلا بمساءلة/ الكفار ، فلا يصح ؛ إذ لا تعويل [علىٰ][3] أقوالهم ، وإن كان المسلمون يشاركونهم في معرفة ذلك اليوم ، صح التأقيت به على المذهب الأصح . ي ١٦٦

وأبعد بعضُ الأصحاب ، فمنع التأقيت بما يشتهر بالكفار ويعزىٰ إليهم من المواقيت . وهـٰذا ساقطٌ لا أصل له ؛ فإن الغرض من التأقيت الإعلام ، فإذا حصل ، لم يختلف الأمر بأن يُعزىٰ إلى الكفار أو إلى المسلمين . نعم يجوز أن يقال : يكره ربط المواقيت بحسابهم من طريق الأدب .

فَصْلٌ

قال : « وإذا تكارى الرجل الأرض ذات الماء من العين ، أو النهر . . . إلىٰ آخره »[4] .

٥٤١٤ـ مَن أكرىٰ أرضاً للزراعة ، فكان لها شِربٌ معلوم ، من عينٍ ، أو نهر ،

---

(١) زيادة من (د١) .

(٢) (د١) : الفقيه .

(٣) في الأصل : عن .

(٤) ر . المختصر : ٣/ ٩٣ .

فالاستئجار صحيحٌ ، علىٰ شرط الشرع ، وغرض الفصل أن الإجارة إذا صحت ، ثم انقطع الماء الذي كان منه شِربُ الأرض ، فالمنصوص عليه **للشافعي** أن الإجارة لا تنفسخ ، ولـٰكن يثبت للمكتري الخيارُ ، **ونص الشافعي** علىٰ أن من اكترىٰ داراً ، فانهدمت ، حُكم بانفساخ الإجارة .

٥٤١٥ـ قال العراقيون وغيرهم من نقلة المذهب : الأصح نقلُ النصين في المسألتين وتخريجهما جميعاً علىٰ **القولين** : **أحدهما** ـ أن الإجارة لا تنفسخ فيهما ؛ لأن منفعة الأرض لا تتعطل بالكلية بانقطاع الماء ، وكذلك منفعة الدار لا تنقطع بجملتها ، بالانهدام ؛ فإنه يمكن سكون[1] **العَرْصة** ، واتخاذها مُخيَّماً .

٥٤١٦ـ وكان **شيخي أبو محمد** يرى القطعَ بانفساخ الإجارة الواردةِ على الدار ، بانهدامها ، وكان يقطع بأن الإجارةَ على الأرض لا تنفسخ بانقطاع الماء ، وكان يفرّق بأن الماء ليس صفةً للأرض ، [فانقطاعه][2] لا يغيّر صفةَ مورد العقد ، وانهدامُ الدار تغييرٌ معطّلٌ للمنفعة ، واردٌ على المعقود عليه .

وهـٰذا الفرق غيرُ سديد ؛ فإن المنفعة في الموضعين لا تتعطل بالكلية ، ومعظم المنفعة زائل ، ولعل ما بقي في عرصة الدار أكثر ، وهو إمكان السكون وضرب الخيام ، والزراعة إذا [انقطعت][3] في القراح[4] الضاحي، لم يبق فيه منتفعٌ به مبالاة .

وعلى الجملة طريقة القولين أسدّ ، وتوجيهها ما أجريناه في أثناء الكلام .

٥٤١٧ـ فإن قلنا : تنفسخ الإجارة في مسألة انقطاع الماء ، أو اختار المستأجر فسخها ، إن قلنا : إنها لا تنفسخ ، فإذا فسخها ، فيرتد إليه ما يقابل بقيةَ المدة من الأجرة المسماة ، والوجه توزيعها علىٰ أجر المثل ، كما تفصَّل في المسائل المقدّمة .

---

(١) سكون العرصة : أي سكنى الساحة . واستعمال هـٰذا الوزن (سكون) بمعنى السكن ، والسكنىٰ ، وارد في لسان إمام الحرمين ، والغزالي كثيراً ، وقد مضىٰ في مواضع من قبل .

(٢) ساقطة من الأصل .

(٣) في الأصل : انقطع .

(٤) القراح : الأرض الخالية من الزراعة ، ليس عليها بناء ، ولا غيره (المعجم ، والمصباح) .

ثم إذا انفسخت ـ علىٰ قول الانفساخ في بقية المدة ـ لم تنفسخ في الزمان الماضي على الرأي الأصح . وفيه قولٌ غريب [حكيناه][1] ، فلا وجه لإعادة ما تكرر ، والوجهُ الاكتفاءُ بالرمز في مثل ذلك .

٥٤١٨ـ فإن قلنا : الإجارة لا تنفسخ ، وللمستأجر حقُّ الفسخ ، نُظر : فإن فسخ ، استرد ما يقابل المدةَ الباقية من الأجرة ، وإن لم يؤثر الفسخ/ ، وأجاز العقدَ ، فالذي قطع به الأئمة أنه لا يرجع بشيءٍ إذا رضي ؛ فإنَّ انقطاعَ الماء يتنزل منزلة العيب ، وإذا وقع الرضا بالعيب ، فلا يثبت للراضي الرجوعُ بشيءٍ من العوض[2] ، وهو بمثابة ما لو تعيّب المبيعُ في يد البائع ، فللمشتري الخيارُ ، فإن رضي المشتري بالعيب ، لزم العقدُ ، ولم يرجع بقسطٍ من الثمن ؛ فإن العوضَ لا يتوزّع على الصفات في هـٰذا المقام . ش ١٦٦

٥٤١٩ـ وذكر **شيخي** وجهين في المسألة : **أحدهما** ـ ما ذكره الأصحاب . **والثاني** ـ أنه يرجع مع اختيار الإجازة بقسطٍ من الأجرة .

وهـٰذا بعيدٌ ، لم أره إلا **لشيخي** ، وكأنه تشوّف إلىٰ تنزيل انقطاع الماء منزلةَ تلف بعضِ المعقود عليه ، وهـٰذا لا أعتدُّ به ، ومساقه يقتضي الحكمَ بانفساخ العقد في [جزءٍ ؛ إذ][3] هـٰذا حكم فوات بعض المعقود عليه .

ثم إن صحّ ذلك ، واتجه القول به ، فوجه التوزيع أن يقال : لو بقي الماء في بقية المدة ، فكم أجرة المثل ؟ فيقال : كذا ، ثم يقال : كم أجرة مثل الأرض في بقية المدة ، ولا ماء ؟ فيقال : كذا ، فنضبط ما بين المبلغين ، ونوزّع الأجرة المسماةَ على المبلغين .

وهـٰذا ضعيف ، لا أصل له .

٥٤٢٠ـ ومما ذكره **الأصحاب** في ذلك أن المكتري إذا أجاز العقد ، وكان عوْد الماء

---

(١) ساقطة من الأصل .
(٢) (د١) : العين .
(٣) في الأصل : حق واحد .

المنقطع مأيوساً في مدة الإجارة ، فإذا وقع الرضا بذلك ، ثم حاول الراضي الفسخَ ، لم يكن له ذلك ، كالمشتري إذا رضي بالعيب الذي اطلع عليه .

ويليق بهـٰذا القسم كون الخيار ثابتاً على الفور ، كخيار الرد بالعيب .

٥٤٢١ـ وإن لم يكن عوْدُ الماء مأيوساً ، بل كان مأمولاً ، فالخيار ثابتٌ ، لتحقق الانقطاع في الحال ، فإن أجاز المكتري ، ثم ندم ، وأراد الفسخَ ، فله الفسخ ؛ فإن إجازته محمولةٌ علىٰ توقّع العَوْد ، فلا يمتنع أن يفسخ بعدما قدّم الإجازة . وهـٰذا شبّهه الأصحابُ برضا المرأة بالمقام تحت زوجها المعسر بالنفقة ، وأنها بعد الرضا لو أرادت الفسخَ ، كان لها ذلك ، حَمْلاً لرضاها علىٰ رجاء زوال العسر . وكذلك إذا انقضت مدة الإيلاء ، فرضيت المرأة بالمقام تحت زوجها ، فلو أرادت أن تعود إلى المطالبة بالفيئة ، أو الطلاق ، فلها ذلك بناءً علىٰ ما ذكرناه .

٥٤٢٢ـ وإذا غصب غاصبٌ الدارَ المكراةَ في مدة الإجارة ، فللمكتري أن يفسخ ، فإن أجاز والغصب دائم ، ثم أراد العودَ إلى الفسخ ، كان له ذلك .

٥٤٢٣ـ ومما يتعلق بتمام البيان في المسألة أن الأرض إذا[1] كان لها شِرب معلوم ، كما وصفناه ، فإن اكتراها المكتري للزراعة ، وذكر قسطَها من الشّرب ، صح ، وكان ما [ذكره][2] تصريحاً بمضمون العقدِ ومقصودِه .

٥٤٢٤ـ وإن أطلق اكتراء الأرض ، وهي ذاتُ شربٍ ، ولم يتعرض لذِكر شِربها من الماء ، فهل تصح الإجارة ؟ وكيف الوجه ؟

هـٰذه المسألة لها التفاتٌ علىٰ مسألة الحبر والورّاق ، والصِّبغ والصباغ ، ثم يتطرق إليها نظرٌ في اطراد العادة ، (٣ واختلافها ، فرُبما تطرد العادة ٣) بألا تكترىٰ قطعة من الأرض إلا مع/ قسطها من الشِّرب، وربما تجري العادة بإفراد الأرض بالإجارة، وربما ١٦٧ ي

(١) (د١) : التي لها شرب .
(٢) في الأصل : ذكرناه .
(٣) ما بين القوسين سقط من (د١) .

تختلف العادة . وإذا اشتركت هـٰذه الأصول في المسألة ، فالرأي أن نؤخرها حتىٰ نذكر التفصيل في إجارة أرضٍ لا ماء لها ، ثم نختم ذلك الفصل بما نبهنا عليه الآن .

فَصْلٌ

قال : « ولو تكاراها سنة ، فزرعها ، فانقضت السنة . . . إلىٰ آخره »[1] .

٥٤٢٥ـ إذا اكترىٰ أرضاً مدةً للزراعة ، لم يخْلُ إما أن يذكر زرعاً ، ويذكر مدةً يُدرِك الزرعُ المذكور فيها . وإما أن يذكر مدة لا يُدرِك الزرعُ المذكور فيها . فإن كان الزرعُ المذكور يُدرِك في المدة المذكورة ، فالإجارة تصح ، ثم إن أدرك الزرعُ في تلك المدة ، فلا كلام .

٥٤٢٦ـ وإن استأخر إدراك الزرع ، لم يخل إما أن يكون ذلك لتقصيرٍ وتأخيرٍ من المكتري في الزراعة ، وإما أن يكون لأمورٍ قدريّة ، سماويّة ، فإن أخّر الزراعة ، وابتدأها في وقت يُخرج إدراكَ الزرع عن منتهى المدّة ، فلا يقلع زرعه ما دامت المدة ؛ فإن المنافع فيها مستحقّة له . وإذا انقضت المدة ، والزرع بقلٌ بعدُ ، فلمالك الأرض قلعُه ؛ فإن المكتري خالفَ جهةَ الانتفاع ، ولم يأت بالزراعة علىٰ مقتضى العقد والعادة ، وإن رضي مالك الأرض تبقية الزرع معيراً متبرعاً ، فحسنٌ ، وإن أراد تبقيته بأُجرة المثل ، فالأمر مردود إلىٰ صاحب الزرع ، فإن قلعها ، فلا أجرة ، وإن أبقاها ، استمرت عليه الأجرة ، ولا يتوقف استمرارها علىٰ رضا المكتري ، إذا كان يُبقي الزرعَ .

ولو لم يوجد من مالك الأرض تعرّض للقلع ، ولا للإبقاء ، وبقي الزرع زماناً فعلى الزارع أجرُ المثل ؛ فإنه بإدامة زرعه منتفعٌ بملك غيره ، من غير عقدٍ واستحقاقٍ .

٥٤٢٧ـ ولو استأجر الأرضَ مدةً تسع للزرع المذكور ، ولـٰكنه حُبس ، وامتنعت

(١) ر . المختصر : ٣/ ٩٣ .

عليه الزراعة ، للحيلولة القهرية ، ثم زرع لمّا تمكّن ، واستأخر عن منتهى المدّة ، فللمالك القلعُ ، وإن كان المكتري معذوراً ؛ فإن الحكم لا يختلف بما يطرأ على العاقد ، إذا لم يحدث في المعقود عليه منعٌ ، وهـٰذا مستغنٍ بوضوحه عن تكلّف بسطه .

٥٤٢٨ـ ولو زرع المكتريٰ في أوان الزراعة ، ولم يقصّر ، ولم يؤخّر ، ولـٰكن استأخر الإدراك لبرد الهواء ، أو كثرةِ الأنداء ، فإذا انقضت المدةُ المضروبةُ والزرعُ غير مدرِك ، فالذي ذهب إليه الأصحاب أنه لا يقلع أصلاً ؛ لأن المكتري غيرُ مقصر ، وهو جارٍ علىٰ موجَب العقد والعادة .

٥٤٢٩ـ وذكر العراقيون وجهين : أحدهما ـ ما ذكرناه . **والثاني ـ** أن الزرع يُقلع إذا انقضت المدة ، وما فرض من عذرٍ ، بمثابة ما لو حُبس المكتري ، وحيل بينه وبين الزراعة ، فهـٰذا العذر لا ينتصب سبباً في وجوب تبقية زرعه .

٥٤٣٠ـ ثم إذا رأينا تبقية الزرع ، فهو مبقّىٰ بأجرة المثل/ ، وراء المدة المضروبة . ١٦٧ ش

٥٤٣١ـ ومما يتم به الغرض أن الزراعة لو امتنع ابتداؤها ، لتتابع الأمطار والبرد المفرط ، ثم لما انجلى المانع ، وزرعَ الزارع ، استأخر الإدراك ،فهـٰذا محتمَلٌ مترددٌ ، يجوز أن يشبَّه بحبس المكتري ، ومنعه من الزراعة .

ويظهر أن يُلحق ما يقع من ذلك في ابتداء المدة بما يطرأ بعد الزراعة ، فإن الأمور الكليّة الهوائية تنطبق علىٰ معاذير الزرع والحرث ، والحبس للمكتري لا تعلّق له بالمعقود عليه .

هـٰذا كله فيه إذا ذكر مدةً يسع مثلُها الزرع المذكور .

٥٤٣٢ـ فأما إذا ذكر نوعاً من الزرع ، وذكر مدةً لا تسعه ، ولا تفي بإدراكه ، مثل أن يستأجر الأرض شهرين ليزرعها قمحاً ، أو شعيراً ، فمعلوم أن الشهرين لا يفيان بإدراك الزرع المذكور ، فيتشعب من هـٰذا **مسائل** :

٥٤٣٣ـ إحداها ـ أن يذكر الزرع (والمدة ، ويقع التشارط علىٰ قلع) [1] الزرع عند منقرض المدة ، فإن كان كذلك ، صحّ ـ ولعلّ غرضَ المكتري [القصيلُ] [2] ، وهو على الجملة مقصود ـ ثم إذا انقضت المدة ، قُلع الزرع ، وللمالك أن يُبقيه مجاناً وبأجر المثل ، فإن اتفق إبقاؤه بعد المدة ، جرىٰ أجرُ المثل من غير تعرضٍ له ، فإنّ أجر المثل قيمة المنفعة التالفة من غير استحقاق ، فإذا حصل تلفُ المنفعة ، تقوّمت .

هـٰذه مسألة .

٥٤٣٤ـ المسألة الثانية ـ أن يقول : اكتريت هـٰذه الأرضَ لزراعة الحنطة شهرين ، علىٰ أن الزرع لا يقلع عند منقرض المدة ، ويبقىٰ إلى الإدراك ، فالعقد يفسد علىٰ هـٰذه الصيغة ، نصَّ عليه **الشافعي في المختصر** ، وعلل بأن التأقيت واشتراط الإبقاء بعد انقضاء الوقت متناقضٌ ؛ فإنَّ ما وراء المدة إن قدّر معقوداً عليه ، فالتأقيت لا معنىٰ له ، علىٰ أن التأقيت بإدراك الغلّة مفسدٌ .

وإن قدر ما وراء الوقت غير معقودٍ عليه ، فاشتراطه في العقد لا معنىٰ له ، فالإجارة فاسدة إذاً ، والأجرة المسماة ساقطةٌ ، والواجب أجرُ المثل .

ثم إذا انقضت المدة المضروبة ، فلا يجوز قلع الزرع .

فإن قيل : إذا لم يصح العقد ، لم يترتب استحقاق الانتفاع عليه . قلنا : الإذن في الإجارة الفاسدة ، بمثابة الإعارة ، ومن أعار أرضاً ، فزرعت ، لم يكن [للمعير] [3] قلعُ الزرع ، وإن كان مبنى العارية علىٰ جواز الرجوع فيها ، وقد مهدنا ذلك في كتاب العواري ، وفرقنا بين الزرع ، وبين البناء والغراس .

ثم الرجوع إلىٰ أجر المثل في المدة التي يبقى الزرع فيها .

٥٤٣٥ـ المسألة الثالثة ـ أن يذكر المتعاقدان مدةً لا تسع الزرع المذكور ، ويُطلقا

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (د١) .

(٢) في الأصل : الفضيل ، وفي (د١) بدون نقط . والقصيل : هو ما يقطع من الزرع أخضر لعلف الدواب .

(٣) في الأصل ، كما في (د١) : المستعير .

العقدَ من غير تعرض للقلع والتبقية بعد انقضاء المدة ، فالذي قطع به **شيخي** أن الإجارة تفسد ؛ فإن الزرعَ المذكورَ ليس يوافق المدة المذكورة ، فظاهر إطلاق الزراعة يشعر بإبقاء الزرع إلىٰ أوان الحصاد ، وهـٰذا غير ممكن في المدة المحصورة/ . فحصرها ١٦٨ ي إذن يوجب في الإطلاق قصرَ الانتفاع عليها ، وذكر الزراعة يتضمن الزيادة عليها ؛ فكان ذلك تناقضاً ، في صيغة العقد ، ومقصوده ، وكان يشبِّه هـٰذا بما لو قال الرجل : اكتريت منك هـٰذه الدابة علىٰ أن أسافر بها إلىٰ مكة في يوم[1] ، فالإجارة تفسد لا محالة، وفي نص **الشافعي** في **السواد**[2] ما يشير إلىٰ هـٰذا من طريق المفهوم .

٥٤٣٦ـ وقطع غيره من الأئمة بصحة الإجارة ، وقالوا : استأجر مدة معلومة ، فإذا انقضت المدة ، نظرنا فيم يقتضيه الحكم من القلع ، أو [التبقية][3] .

٥٤٣٧ـ ثم قالوا : في ذلك **وجهان** : **أحدهما** ـ أنه يُقلع عليه الزرع ، وهو فائدة التأقيت المطلق ، فكان هـٰذا بمثابة ما لو وقع التصريح بشرط القلع عند منقرض المدة .

والوجه الثاني ـ أنه لا يقلع الزرع بل يُبقَّىٰ إلى الاستحصاد بأجر المثل ؛ فإنه لم يقع التعرّض للقلع ، ولم يرض واحد منهما بتوقيت حقِّه ، فالذي يقتضيه رعايةُ الحقين ، والنظر للجانبين أن يبقى الزرع إلى الحصاد ، بأجرة المثل وراء المدة المضروبة ، فيستحق المكري الأجرة المسماةَ للمدة المذكورة ، ويستحق أجر المثل وراءها .

٥٤٣٨ـ فإذا[4] كان الأئمة يختلفون كذلك في التأقيت المطلق ، فيجب أن يختلفوا علىٰ هـٰذا الوجه في الإعارة المؤقتة ، حتىٰ يقولوا في جواز قلع الزرع وراء المدة المذكورة وجهان . وظاهر المذهب الذي مهدناه في كتاب العاريّة أن التأقيت المطلق

---

(١) يلاحظ في ضرب هـٰذا المثل أنه يضربه علىٰ لسان من يقيم في نيسابور ، حيث كان يعيش الشيخ . أما إذا كان في عرفات أو في منىٰ ، وقال : اكتريت منك هـٰذه الدابة علىٰ أن أسافر عليها إلىٰ مكة في يوم ، فالإجارة صحيحة . فليلاحظ ذلك .

(٢) السواد : يراد به المختصر . مختصر المزني ، كما تكررت الإشارة إلىٰ ذلك .

(٣) في الأصل : الترك . والمثبت لفظ (د١) .

(٤) (د١) : وإذا .

لا يسلِّط على القلع وراء المدة ، وإنما صار إلى القلع أبو حنيفة ، والقلع محتمل من طريق المعنىٰ . فإن ذكرنا هـٰذا الاختلاف في العارية المؤقتة ، فهو المراد ، وإن لم نذكره ، تعيّن إلحاقه ؛ إذ لا فرق بين التأقيت في العاريّة ، وبين التأقيت في العقد على الوجه الذي وصفناه .

٥٤٣٩ـ ولا ينبغي أن يغتر الفقيهُ بفرقٍ لا أصل له؛ فيقول : إذا صححنا العقد في مسألتنا ، تضمن ذلك حصرَ الاستحقاق في المدة المذكورة ، وهـٰذا الانحصار يوجب الفرقَ بين المدة وبين ما وراءها ، بخلاف العاريّة ، فإنه لا استحقاق فيها ، والأمر محمولٌ علىٰ مكارم الأخلاق ، والمساهلةِ ابتداءً ودواماً . وهـٰذا لا يتحصل[1] مع القطع باستواء الأصلين في جواز اشتراط القلع صريحاً ، وإذا جاز ذلك في الموضعين ، فإشعار التأقيت المطلق بالقلع في الموضعين علىٰ وتيرة واحدة .

٥٤٤٠ـ ومما يتعلق بهـٰذا المنتهىٰ أن من استأجر أرضاً مدة لزرعٍ ، فكانت المدة تسع ذلك الزرعَ غالباً، فلو زرعها المكتري زرعاً تطول مدتُه ، وتزيد على المدة المذكورة، ولـٰكن كان إضرار ذلك الزرع بالأرض كإضرار الزرع المذكور ، من غير مزيد ، فإذا اتفق الزرعُ ، فلا شك أنه مقلوع عند منتهى المدة المذكورة؛ من جهة أن المكتري فرّط ، إذ عدَل عن/ النوع المشروط ، والمدة تَسَعُه ، إلى النوع الذي لا تسعه المدة . ش ١٦٨

ثم لو أراد المكري قلعَ الزرع في أثناء المدة؛ [بناءً][2] علىٰ أن له أن يقلعه وراء المدة ، لم يكن له ذلك ؛ فإن المنفعة في المدة مستحقة للمكتري ، وليس في ترك الزرع إضرارٌ ، فيجب إدامتُه إلى انقضاء الوقت .

وهـٰذا بيّن بعد[3] الزرع .

٥٤٤١ـ ولو همّ المكتري بابتداء الزراعة فأراد المكري منعَه من الابتداء ، فقد ذكر **العراقيون** : أن له أن يمنعه من الابتداء .

---

(١) (د١) : تحصيل .
(٢) ساقطة من الأصل .
(٣) يمهد بهـٰذه الجملة للمسألة الآتية ، وهي حكم منعه قبل الزرع .

والذي يقتضيه قياس المراوزة القطعُ بأنه لا يمنعه من الابتداء ؛ فإن المنفعة مستحقة ، ولا ضرار ، فكما يمتنع على المكري القلعُ دواماً ، وجب أن لا يجوز له المنع ابتداءً ، وإنما سلطان المكري عند انقضاء المدة ، فينتظم من الطريقين قياساً ونقلاً وجهان : الأصح أن لا يُمنع المكتري من ابتداء الزرع ، وليس لما ذكره العراقيون ـ وإن قطعوا به ـ وجهٌ .

فصل

قال : « وإذا تكارا الأرضَ التي لا ماء لها . . . إلىٰ آخره »[1] .

٥٤٤٢ـ جملة الأراضي تنقسم إلىٰ ما لها شِرب معلوم ، وإلىٰ ما ليس لها شرب معلوم .

٥٤٤٣ـ فلتقع البداية بالأرض التي لا شِرب لها علىٰ علم . وهـٰذا القسم ينقسم ثلاثة أقسام :

٥٤٤٤ـ أحدها ـ أن لا يتوهم لها ماء بحالٍ يتأتىٰ بناءُ الزرع عليه ، وذلك بمثابة أرضٍ في قُلّة جبلٍ مَحْلٍ[2] ، إن وقع عليه مطرٌ على الندور[3] ، لم[4] يسد مسدّاً ، فإن كان كذلك ، فلا يجوز اكتراؤها للزراعة ، فلو اكتراها المكتري ، وذكر الزراعة ، فالعقد باطل ؛ لاشتماله علىٰ جنسٍ من الانتفاع مستحيلٍ .

ويجوز اكتراء مثل هـٰذه الأرض لغرضٍ آخر ، لا يستدعي الماءَ ، وهو أن يتخذها مبركاً لجماله ، أو مجثماً لغنمه ، أو مُخيَّماً لنزوله ، فهـٰذه الجهات إذا وقع التصريح بها ، صحت الإجارة ، ولا أثر لذكر الماء فيها .

وهـٰذا بيّنٌ غير ملتبسٍ .

---

(١) ر . المختصر : ٣/ ٩٥ .
(٢) مَحْل : المحل انقطاع المطر ، ويُبس الأرض من الكلأ ، وأرضٌ محْل : لا مرعىٰ بها (المعجم) .
(٣) في الأصل : النذور (بالذال المعجمة) . وغير منقوطة في (د١) .
(٤) (د١) : ولم .

٥٤٤٥ـ فلو وقع العلم بما ذكرناه ، فجرى اكتراء مثل هـٰذه الأرض مطلقاً ، من غير تعرضٍ للزراعة ، أو لجهةٍ أخرىٰ من الجهات التي أشرنا إليها ، فالإجارة صحيحة محمولة على الانتفاع الممكن ، كما سنذكره في التفريع .

٥٤٤٦ـ وذكر **العراقيون** وجهاً بعيداً أن إطلاق [الإجارة][1] لا يصح من غير ذكر حالِ الأرض في أنها لا ماء لها ، ثم إنهم كما نقلوه زيفوه ، وهو لعمري ضعيفٌ ، حريٌّ بالتزييف ؛ فإن الغرض من ذكر ما يُذكر الإفادةُ ، ولا إفادة في التقييد ، مع القطع بأن مثل هـٰذه الأرض لا يتصور أن يكون لها ماء في مطّرد العرف .

٥٤٤٧ـ فليقع التفريع علىٰ صحة الإجارة المطلقة . ثم المكتري يتسع في الجهات الممكنة من الانتفاع ، ولا يمنع عن شيء منها ؛ فإن الأرض تحتمل جميعَها ، فلا منعَ منها ، وإنما يمنع المكتري من تغيير جِرْم الأرض بحفرٍ أو غيره . وهـٰذا متفق عليه بين الأصحاب .

ي ١٦٩ وما ذكره **العراقيون** وجهاً ضعيفاً/ ليس يقتضي تعيينَ جهة الانتفاع ذكراً ، وإنما يشترط ذلك القائل التعرضَ لذكر انتفاء الماء ، فأما التنصيص علىٰ تعيين جهة الانتفاع ، فلم يصرْ إليه أحد ، فليفهم الناظر ذلك .

وهـٰذا كلام في قسم واحد ، وهو إذا كان لا يتصوّر للأرض ماءٌ يستقلّ الزرع به .

٥٤٤٨ـ فأما **القسم الثاني** ، وهو أن تكون الأرض بحيث قد يُرجىٰ لها ماءٌ ، ولا يأس منه ، ولـٰكن لم يكن لها شِربٌ معلوم ، [فإذا][2] كان كذلك ، فلو استأجرها وذكر في صلب العقد أنه لا ماء لها ، فالقول في هـٰذا القسم ، يتنوع :

٥٤٤٩ـ فنقول : إن اكتراها للزراعة بناءً علىٰ إمكان الماء علىٰ بُعدٍ ، فلا خلاف بين الأصحاب أن الإجارة فاسدة ؛ إذ لا ثقة على الظهور بالماء ، الذي لا بد منه للزرع ؛ فكانت جهة الزراعة فاسدةً ، لم يختلف الأصحاب فيها .

---

(١) (د١) : الجارية .

(٢) في الأصل : وإذا .

ثم لا فرق بين أن يذكر أنه لا ماء للأرض ، وبين أن لا يذكر ذلك ؛ فإن الفساد أتىٰ من [جهة][(١)] تعذر الزرع في ظاهر الظن .

وقد ألحق الأصحاب [فسادَ هـٰذه الأجارة][(٢)] بفساد بيع [العبد][(٣)] الآبق ؛ فإن رجوعه وعَوْدَه ممكنٌ ، لـٰكنْ بناءُ البيع علىٰ كوْن المبيع مقدوراً علىٰ تسليمه حالة العقد .

٥٤٥٠ـ ولو اكترى المكتري هـٰذه الأرضَ ليتّخذَها مخيّماً ، أو مبركاً ، أو مأوىٰ للأغنام ، فتصح الإجارةُ .

ولا حاجة في هـٰذا القسم إلى التعرض للماء ، نفياً ، ووجوداً ؛ فإن هـٰذه الجهات لا تستدعي الماء .

٥٤٥١ـ فأما إذا اكترى الأرضَ مطلقاً ، ولم يقع التعرض للزراعة ، ولا لغيرها من جهات الانتفاع ، فإن جرىٰ في العقد أن الأرض لا ماء لها ، صحت الإجارة ، وانقطع الوهم عن اقتضاء الإجارة زراعةً ، وإذا صححنا العقدَ ، فالمكتري ينتفع بالجهات التي ذكرناها ، وإن لم يقع لها تعيين .

فلو أراد أن يزرع الأرضَ بناءً علىٰ توقّع الماء ، كان له ذلك ؛ وهـٰذا إذا جرىٰ ذكر الماء نفياً ، فأما إذا لم يجر لنفيه ذكرٌ ، لم يخلُ إما أن يكون أمر الماء مشكلاً على المكتري ، وإما أن يكون عالماً بحقيقة الحال ، فإن كان جاهلاً ، فالإجارة فاسدة ؛ لأن مطلق استئجار الأرض يشعر بالزراعة ، فيصير المطلق كالمقيّد بالزراعة ، وقد ذكرنا أن استئجار الأرض التي وصفناها للزراعة باطل ، ونزّلنا الاستئجار لها علىٰ رجاء الماء من غير ثبت منزلةَ ابتياع العبد الآبق علىٰ رجاء العَوْد والإياب ، والعقد المطلق كالمقيّد بالزراعة . هـٰذا ولا علم بحقيقة الحال .

٥٤٥٢ـ فأما إذا كان المتعاقدان عالمين بصفة الأرض ، وأنه ليس لها شِرب

---

(١) في الأصل : جهته .
(٢) ما بين المعقفين سقط من الأصل .
(٣) سقطت من الأصل .

ش ١٦٩ معلوم ، ورجاء الماء/ ليس غالباً ، فالعلم في ذلك هل يتنزل منزلة التصريح بأن الأرضَ لا ماء لها ؟ فعلىٰ وجهين ذكرهما **صاحب التقريب** :

أحدهما ـ أن العقد يصح ، كما لو تقيّد بنفي الماء ، ووجهه أن ما يذكر في العقد فائدته الإعلام ، والإشعار به ، فإذا عَلم المتعاقدان ما يدل عليه لفظ نفي الماء ، فلا حاجة إلى الذكر .

والوجه الثاني ـ أن العقد لا يصح ؛ فإن اللفظ المطلق فيه يتضمن الزرعَ ، فلا بد من قطع تضمّن[١] اللفظ صريحاً بلفظ .

٥٤٥٣ـ ولا بد وأن يتنبه الفقيه في هٰذا المنتهىٰ للفرق بين هٰذا القسم الذي نحن فيه ، وبين ما إذا كانت الأرض بحيث لا يتصور [أن يكون][٢] لها ماء ؛ فإن الرجاء إذا كان زائلاً ، فلا يتوقع طلب الأرض للزراعة ، وذلك القسم الأول فيه ، إذا كانت الأرض بحيث لا يخفىٰ أنها لا تصلح للزراعة ، ولا يُتوقع لها ماء ، وإذا انتهى الأمر في الظهور إلىٰ هٰذا المنتهىٰ ، فلا حاجة إلى التعرّض والذكر .

وإنما يظهر موقع الذكر إذا كان الإمكان متطرِّقاً علىٰ قربٍ أو بعدٍ . والذي ذكر **العراقيون** من الوجه الضعيف في القسم الأول بَعُدَ [لذلك][٣] .

ولو كان المكتري مثلاً لا يحيط بأن مثل تلك الأرض لا تصلح للزراعة، لجهله وسلامة صدره ، وذلك في القسم الأول ـ فقد ينقدح الآن والحالة هٰذه التعرضُ لنفي الماء ، ويجوز أن يقال : الجهل بصفة الأرض في القسم الأول بمثابة العلم بصفة الأرض في القسم الثاني .

٥٤٥٤ـ **فأما القسم الثالث** ـ وهو أن تكون الأرض بحيث يغلب على الظن إمكانُ زراعتها بماء[٤] المطر أو سيلٍ يتفق [و][٥] تنمية الزرع .

---

(١) (د١) : ما يضمن اللفظ .
(٢) زيادة من (د١) .
(٣) في الأصل : كذلك .
(٤) (د١) : ووفاء المطر .
(٥) الواو زيادة من المحقق ، والمعنىٰ : «سيل يصادف ، ويناسب نماء الزرع » .

=

فلو استأجر مثلَ هـٰذه الأرض للزراعة ، ولم يتعرض [لنفي][(١)] الماء والشِّرب .

فالذي يظهر من كلام **الشافعي** ، وهو اختيار **القفال** أن الإجارة فاسدة ؛ فإنه إذا لم يكن للأرض شربٌ معلوم ، فبناء الزراعة علىٰ وقوع القطر غررٌ ، والغرر مجتنبٌ في العقود .

وقال **القاضي** : ينبغي أن يصح اكتراء مثل هـٰذه الأرض للزراعة ؛ بناءً على الغالب ، واحتَجَّ عليه بأن الأرض إذا كان لها شِرب معلوم ، فاستئجارها للزراعة جائز ، ولسنا نقطع ببقاء ذلك الشِّرب ؛ فإن انقطاعَه ممكنٌ ، ولـٰكن حُمل تصحيح الإجارة للزراعة علىٰ ظاهر الحال ، ووقوع هـٰذا الغالب في المطر بمثابة وقوعه في الشرب من النهر العِدّ[(٢)] ، والعين الفوارة بالماء .

٥٤٥٥ـ فالقاضي يقول إذاً : يصح الاستئجار للزراعة مطلقاً من غير تعرض لذكر الماء؛ بناءً على الغالب ، **والقفال** يقول : لا يصح/ الاستئجار للزراعة بناء على المطر ، وما في معناه ، ثم في **قول القفال** تردُّدٌ نُنبِّه عليه . ١٧٠ ي

٥٤٥٦ـ أما إذا لم يجر لنفي الماء ذكر ، فالاستئجار للزراعة باطلٌ عنده ، وإن ذكر المتعاقدان أن الأرض لا ماء لها علىٰ علمٍ ، ثم جرى الاستئجار على الزراعة ، **فالقفال** [مُردِّدٌ][(٣)] قولَه في ذلك ، وهو لعمري محتمل ، تفريعاً على اختياره .

فتحصَّل من مجموع ما ذكرناه : أن استئجار مثل الأرض التي نحن فيها للزراعة جائز عند **القاضي** من غير تعرض لنفي الماء ، وهو ممتنع عند **القفال** ، إذا لم يجر ذكرُ نفي الماء العِدّ ، وإن جرىٰ ذكرُ نفي الماء ، ففي **جواب القفال** تردّدٌ .

٥٤٥٧ـ ومما يلتحق[(٤)] بهـٰذه الأقسام أن الأراضي التي يسقيها فيضُ النيل إذا امتد ،

= وأما (د١) فعبارتها : «إمكان زراعتها ، ووفاء المطر ، أو سبيل يتفق تنمية فلو استأجر. . . .» ولعل كلمة(تنمية الزرع) مقحمة ، وبحذفها يستقيم الكلام .

(١) في الأصل : نفي .

(٢) العِدّ : الجاري الذي لا انقطاع له . (المصباح) .

(٣) في الأصل : مردود .

(٤) (د١) : ومما يليق .

فصفتها[١] أولاً : أن النيل إذا زاد أوانَ المدّ ، انبسط الماء على الأراضي ، [و][٢] بقي عليها ، ثم ينحسر الماء إذا نقصَ النيل ، و[يفيض][٣] من ماء النيل على الأراضي ما يفيض ، ثم إذا انحسر الماء ، زُرعت الأراضي ، ووقع الاكتفاء بتلك الندوة الواحدة ، ولو [مُطر][٤] أهلُ مصر ، فسدت زروعهم .

فهـٰذا معتمد الزراعة في تلك الديار .

والنيل كثيراً ما يخون ، فلا يفيض ، إذا لم تنته زيادتُه إلى المكان الذي يعرفونه .

فاكتراء هـٰذه الأراضي كيف سبيلها ؟ قال الأئمة : إن اكتراها المكتري للزراعة بعد جريان الفَيض والانحسار ، والاكتفاء بما جرىٰ ، فالعقد صحيح ؛ فإن الزراعة ممكنةٌ ، ولا حاجة إلى الماء ، والماء ليس يُعنَىٰ لعينه ، وإنما يعنىٰ لتنمية الزروع ، فإذا كانت الأرض مستقلة بندوتها ، صح استئجارها للزروع .

ولو استأجر أرضاً من تلك الأراضي قبل الفيض علىٰ توقّع مدّ النيل ، فهـٰذا ملتحق بالقسم الثاني : وهو إذا كان البناء علىٰ رجاء المطر ، وليس وقوعه غالباً .

والسبب فيه أن النيل خوّان ، ولا يمكن حملُ الأمر فيه علىٰ غلبة الظن . وإذا أحلنا هـٰذا على القسم الثاني ، لم يخفَ تفصيل المذهب فيه .

ولو كان بالقرب من ضِيفة[٥] النيل أرضٌ يغلب على الظن فيضُ النيل عليها ، وإن نقص المدّ . وإنما تتقابل الظنون في الأراضي البعيدة ، فالقول في الأراضي القريبة ، والظنُّ غالبٌ يلتحق بالقسم الثالث .

وقد فصلنا المذهب فيه .

---

(١) (د١) : فيفيضها .
(٢) في الأصل : أو .
(٣) في الأصل : ويغيض .
(٤) في الأصل : نظر . ولعلها حرفت عن (قُطر) أي أصابهم القطر .
(٥) ضيفة : الضِّيف (بكسر الضاد المعجمة) : الجانب والناحية ، يقال : ضِيفُ الوادي ، وضيف الجبل . (المعجم) . وفي (د١) : ضفة .

٥٤٥٨ـ وأما الأراضي التي تبنىٰ زراعتها علىٰ مدّ[١] البصرة ، فيجوز استئجارها للزراعة مطلقاً باتفاق الأصحاب ؛ فإن مدّ البصرة لا يختلف ، وهو أثبت من كل ماءٍ عِدٍّ ، وشِربٍ معلوم .

ومن أحاط بالأصول التي ذكرناها ، لم يخف عليه تفريعُ[٢] المسائل بعدها .

٥٤٥٩ـ ومما يتصل بهـٰذا المنتهىٰ كلامٌ **للشافعي** ، ذكره في **الأم** ، فقال : إذا كانت/ الأرض بقرب نهرٍ ، لو ازداد ماؤه ، امتنعت زراعتها ، ولو انتقص الماء ، أمكنت الزراعة ، فإذا كان الماء مزداداً ، فاستأجرها مستأجرٌ للزراعة ، بناء على انحسار الماء ، وكان الانحسار موهوماً ، لا يغلب فيه ظنٌّ ، فالإجارة فاسدةٌ ؛ فإن المانع قائم في وقت العقد ، وزوالُه موهومٌ ، فكأن الاستئجار والحالة هـٰذه بمثابة ابتياع العبد الآبق . ١٧٠ ش

٥٤٦٠ـ ولو كان الماء ناقصاً ، وكان الانتفاع ممكناً ، فجرت الإجارةُ والأرض حالة العقد علىٰ هـٰذه الصفة ، ولـٰكن كان يُتوقع ازدياد الماء وامتناع الزراعة ، فالإجارة تصح ، ويعتمد[٣] صحتها انتفاءُ المانع في الحال ، وتوهمُ طريان الزيادة المانعة لا حكم له ، ولا عبرةَ[٤] بالموهومات ، إذا صادف العقدُ حالةَ إنشائه الشرطَ المرعيَّ .

وهـٰذا ننزله منزلة ما لو اشترى الرجل عبداً ، وكان إباقه ممكناً بعد العقد ، فإمكان ذلك لا يمنع صحةَ العقد . ثم إن طرأ لم يخف حكم طارئه .

وهـٰذا الذي ذكره **الشافعي** في الطرفين متجهٌ بالغٌ متفَق عليه .

---

(١) المدّ : السيل ، وكثرة الماء ، وارتفاع الماء ، ضد الجزر . (المعجم) . والمراد هنا فيضان النهر بالبصرة .

(٢) عبارة (د١) : ومن الأصول التي ذكرناها ثمّ عليه تفريع المسائل .

(٣) كذا في النسختين . ولعل الأولىٰ : ومعتمد صحتها .

(٤) (د١) : وغيره .

٥٤٦١ـ ثم قال الأصحاب : زيادة الماء إذا كانت تمنع ، أو تقطع ، بمثابة انقطاع الماء العِدّ في أثناء مدّة الإجارة .

والأمر كما ذكروه ؛ فإن الانقطاع إنما يؤثر طريانه لامتناع تنمية الزرع ، وإذا تحقق المانع بالزيادة ، كانت في معنى الانقطاع .

وكل ما ذكرناه من تفصيل الكلام وتنويع الأقسام في الأرض التي ليس لها شِربٌ من ماءٍ عدّ . فإن أجرينا ذكرَ ماءٍ عدٍّ كمدّ البصرة ، فذاك وقع طرفاً من الكلام .

٥٤٦٢ـ ونحن الآن نذكر غرضَنا في الأرض التي لها شِربٌ من ماءٍ عِدّ[١] ونُنجز ما وعدنا في ذلك ، فنقول : إذا أكرىٰ مالك الأرض الأرضَ مع شِربها ، ووقع التصريح بذلك ذكراً ، فالإجارة صحيحة ، لا اختلاف في صحتها .

ولو اكتراها المكتري للزراعة وحدها ، ونفىٰ[٢] استحقاقَ سقيها من شِربها العِدّ المعلوم نُظر : فإن كان يهون على المكتري سقيُها من أوديةٍ وأنهارٍ ومياهٍ عِدّة ، فيصح اكتراؤها للزراعة [٣] علىٰ هـٰذا الوجه ؛ فإن الزراعة ممكنة ، ولا امتناع [٣] فيما ذكرناه ، لا عرفاً ولا شرعاً .

ولو تشارطا [نَفْيَ][٤] استحقاق السقي من الشرب[٥] العِدّ ، وكان المكتري لا يجد ماءً عِدّاً ، وإنما يعوّل علىٰ أملٍ ورجاءٍ في المطر ، أو سيلٍ إن اتفق ، فهـٰذا يلتحق باستئجار أرضٍ ليس لها ماءٌ عِدّ ، ثم الكلام ينقسم إلى الأقسام الثلاثة ، فلا فرق بين أن لا يكون للأرض ماء عدٌّ ، وبين أن يُشترط في العقد/ نفيُ استحقاقه . ي ١٧١

٥٤٦٣ـ ولو استأجر الأرضَ ذاتَ الشرب العِدّ مطلقاً ، ولم يقع التعرض لنفي السقي من الشِّرب ، ولا لإثباته ، لم يخل العرف في ذلك المكان ، فإن كان يقتضي اقتضاءً

(١) هـٰذا هو القسم الثاني ، قسيم القسم الأول ، الذي جعله ثلاثة أقسام ، وانتهىٰ منها .
(٢) (د١) : وبقي استحقاق .
(٣) ما بين القوسين سقط من (د١) .
(٤) (د١) : وبقي ، وفي الأصل : ففي . والمثبت تصرف من المحقق ، علىٰ ضوء السياق .
(٥) (د١) : الماء .

غالباً [مطرداً][١] السقيَ من الشِّرب ، حُمل العقدُ المطلقُ عليه ، بلا خلاف ، وجعل كما لو وقع التصريح بالسقي من الشِّرب .

وإن وقع ترديدٌ في حبر الورَّاق ، وخَيْط الخياط ، وإرضاع المستأجَرة للحضانة ، فلا ترديد فيما نحن فيه ؛ فإن ذلك من الأمور الكليّة العامة التي يتبع المسلمون العرفَ فيها ، وحق مثل[٢] هـٰذا الأصل التمهيد[٣] ، ثم يستثنىٰ[٤] منه الجزئيات في آحاد المسائل .

هـٰذا إذا غلب العرف بالسقي من الشِّرب ، واستمر ؛ فإن الإجارة على الأرض لا تُطلب إلا مع السقي من الشِّرب العِدّ .

٥٤٦٤ـ فأما إذا لم يطّرد العرف في ذلك علىٰ وجهٍ ، فكانت الأرض تكرىٰ وحدها ، والماء يكرىٰ مجراه وحده ، وربما يُجمع بينهما ، فإذا كانت الحالة هـٰذه ، فاستأجر [الرجل][٥] الأرض للزراعة مطلقاً ، ولم يتعرض للماء ، ففي المسألة وجهان : **أحدهما** ـ أن الإجارة المطلقة بمثابة الإجارة المقيّدة بشرط الماء ، فأما الزراعة إذا ذكرت ، أشعر ذكرها بالاستمداد من الماء ، وعلى المكري توفيةُ المنفعة المذكورة في الإجارة ، ومن الوفاء بتوفية منفعة الزراعة إمدادُ الزرع بالماء .

هـٰذا وجهٌ ظاهر ، وإليه صَغْو[٦] جماهير الأصحاب .

والوجه الثاني ـ أن الإجارة لا تحمل على استحقاق الماء ، وهـٰذا هو القياس ؛ فإن اللفظ ليس يشعر باقتضاء الماء ، والعرف ليس يحكم به أيضاً ، وإذا عُدم اقتضاء اللفظ والعرف ، فإثبات الاستحقاق لا معنىٰ له ، وليس لما ذكره ناصر الوجه الأول أصلٌ ؛ فإن الزراعة ليس من ضرورتها ما ذكره ناصر ذلك الوجه ، بدليل أن التصريح بنفي

---

(١) في النسختين : مطردَ السقي .
(٢) ساقطة من (د١) .
(٣) (د١) : أن يمهد .
(٤) (د١) : يستقىٰ .
(٥) سقطت من الأصل .
(٦) (د١) : صغُوا . والصغو الميل .

السقي من الشِّرب العِدّ ينتظم في الكلام ، ولا يعدّ ذكر الزراعة مع نفي استحقاق الشِّرب كلاماً متناقضاً .

التفريع على الوجهين :

٥٤٦٥ـ إن فرعنا على الأول ، لم يخف حكمُه .

وإن فرعنا على الوجه الثاني ، فعليه وجهان : **أحدهما** ـ أن الإجارة تفسد ، لتردد العرف .

وهـٰذا وجهٌ رددناه في مسائلَ ، وليس بمرضيٍّ عندنا .

والوجه الثاني ـ أن صحة الإجارة وفسادَها يُؤخذ من إمكان سقي تلك الأرض من جهةٍ أخرىٰ ، وقد فصلنا هـٰذا .

والقول الوجيز في ذلك : أنا نجعل إطلاق الاستئجار للزراعة ، حيث انتهينا إليه ، بمثابة التصريح بنفي استحقاق السقي .

هـٰذا تمام البيان[1] في هـٰذه الأقسام .

ش ١٧١ **٥٤٦٦ـ** وكل ما ذكرناه فيه إذا كان الاستئجار للزراعة . فأما إذا قيدت/ الإجارة بغرضٍ من الأغراض ، سوى الزراعة ، لم يخف الحكم بصحة الإجارة .

ونحن وإن لم نغادر من البيان شيئاً ، فإنا نرى اختتام هـٰذا الفصل بالتنبيه علىٰ شيء .

٥٤٦٧ـ وهو أن الأرض التي لا ماء لها ، إذا ذكر أنه لا ماء لها ، فلا حاجة إلىٰ تعيين جهةٍ سوىٰ جهة الزراعة ، ولـٰكن يكفي نفيُ الماء . ثم الإجارة تُحمل علىٰ كل منفعةٍ ممكنة ، ومنها الزرع إن أراده المستأجر ، بناء على الرجاء .

ولو جرى الاكتراء مطلقاً ، حيث لا ماء ، فإن لم يكن رجاء للماء ، صح ، وحمل على الممكن من الانتفاع ، وإن كان رجاء الماء ثابتاً ، ولم يجر ذكر نفي الماء ، فالأصح فسادُ الإجارة ، وفيه وجه آخر ذكره **القاضي** : أن الإجارة تصح .

فهـٰذه قواعد يجب التنبه لها في مجاري الكلام .

---

(١) (د١) : الكلام .

٥٤٦٨- وإن كان للأرض شربٌ ، فيجب التنبه لأمر العرف في اطراده وموقع اختلافه ، إذا كانت الإجارة مطلقة ، لا ذكر للماء فيها . والله أعلم .

فَصْلٌ

قال : « وإن تكاراها ، والماء قائم عليها ، وقد ينحسر لا محالة في وقتٍ يمكن فيه الزرع، فالكراء جائز . . . إلىٰ آخره »[١] .

٥٤٦٩- **صورة المسألة** : أرض علاها الماء وعلمنا انحساره عنها بالنضوب[٢] ، أو بالتحدّر في وقت الزراعة .

قال الشافعي : إذا كانت الأرض كذلك ، فاستؤجرت ، والماء قائم ، فالاستئجار صحيح .

٥٤٧٠- وتفصيل المذهب فيها : أن الماء الواقف إن لم يمنع من رؤية الأرض لصفائه ، أو كانت سبقت فيها الرؤية علىٰ وجهٍ يُكتفىٰ بها ، وكان ذلك الماء الواقف لا يمنع من الزراعة ، وإن بقي واقفاً . وهـٰذا كاستئجار الأرض لزراعة الأرز ؛ فإن كان كذلك ، فالإجارة صحيحة ؛ إذ لا مانع .

٥٤٧١- ولو كانت الرؤية ثابتةً ، أو سبقت ، ولـٰكن كانت الزراعة ممتنعة في الوقت ، فلا يخلو : إما أن يكون الماء بحيث يمنع الزراعة في الحال ، وفي الوقت الذي نرقب فيه الزراعة ، أو كانت الزراعة تمتنع في الحال ، [ولـٰكن الماء ينحسر لا محالةَ ، في وقت الحاجة إلى الزراعة .

فإن منع الماءُ الزراعة في الحال][٣] والمآل ، لم تنعقد الإجارة (٤ لا شك فيه ٤) ؛ فإن المقصود ممتنعٌ .

---

(١) ر . المختصر : ٣/ ٩٥ .

(٢) في هامش الأصل : « بالنضب نسخة أخرىٰ » .

(٣) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .

(٤) ما بين القوسين سقط من (د١) .

وإن كان الماء الواقف مانعاً من الزراعة في الوقت ، ولـٰكنه كان [ينحسر](١) لا محالة في وقت الحاجة إلى الزراعة ، فالذي نص عليه **الشافعي** ، وقطع به معظمُ الأصحاب أن الإجارة صحيحة ، والماء القائم على الأرض ليس مانعاً من الانتفاع في وقت الحاجة ، وهو فيما قيل : ينفع ، ويُعفِّن(٢) ما في الأرض من عروق العُشب .

٥٤٧٢ـ وذكر العراقيون في المسألة وجهاً بعيداً : أن الزراعة إذا كانت ممتنعةً بالماء الواقف ، [فالإجارة](٣) غيرُ صحيحة .

وهـٰذا نقلوه وزيّفوه ، والأمر علىٰ ما ذكروه/ . ي ١٧٢

٥٤٧٣ـ والفصل علىٰ ظهوره ملتبسٌ لا بدّ من كشفه(٤) ، فنقول :

لم يختلف الأصحاب في صحة استئجار الأرض للزراعة ، وإن كانت الإجارة لا تستعقب إمكانها في الحال ، وإنما تنشأ الزراعة بعد تاريخ العقد ، وليس ذلك من استئخار الانتفاع عن العقد ، حتىٰ يقال : الإجارة إذا تقدّمت علىٰ وقت الزراعة ، وإمكانُ الانتفاع متأخرٌ ، فيكون كاستئجار الدار(٥) الشهرَ القابل .

والفرق بين ما جوّزناه ، وبين ما منعناه ، أن الإجارة إذا صحت في الأرض ، [ثبتت](٦) يد المستأجر عليها ، واستمر احتكامه فيها بالإمساك ، والإجارة إن [تنشأ ، فتأخر](٧) الزراعة غيرُ ضائر ، والعقد إذا أضيف إلىٰ زمانٍ في الاستقبال ، كان في حكم المعلّق به ، ولا يثبت للمستأجر استحقاقٌ ناجزٌ .

فإذا بان هـٰذا ، فإنا نقول :

---

(١) سقطت من الأصل .
(٢) يعفن ما في الأرض من عروق العشب : أي ما تحت السطح من بقايا جذور الزرع السابق ، بل وما تناثر على السطح . وتعفّنه يحوله إلىٰ سماد نافع . كما يعرف ذلك أهل هـٰذا الشأن .
(٣) ساقطة من الأصل .
(٤) (د١) : لا كشف فيه .
(٥) (د١) : الدابة .
(٦) في الأصل ، كما في (د١) : وثبتت . وحذف الواو تصرّف منا ، لاستقامة العبارة .
(٧) في الأصل : شاء وتأخر .

٥٤٧٤ـ إذا كان الماء واقفاً في زمانٍ لا يمكن إنشاء الزراعة فيه ، ولو كانت الأرض ضاحيةً عريّةً ، لأُخِّرت زراعتُها ، وسينحسر الماء قطعاً في أول وقت الزراعة ، أو قبله ، وزالت الموانع التي أشرنا إليها ، كامتناع الرؤية ، فلا معنىٰ لذكر الخلاف في هـٰذه الصورة .

٥٤٧٥ـ فأما إذا كان الماء واقفاً في أول وقت الزراعة ، ولولاه ، لأمكن افتتاحُها ، وكان[1] لا يمتنع لمكان الماء الوقتُ[2] المطلوب في الزراعة[3] ؛ فإنّ تأخُّرَ الزراعة بأيامٍ معدودة ، لا أثر له عند الدهاقنة ، ويقومُ انتفاع الأرض بالماء مقام البدار إلى الزراعة .

فهـٰذا موقع النظر .

والظاهر تصحيح الإجارة ، وقد استشهد الأصحاب في تصحيحها بما لو اشترى الرجل داراً مشحونةً بأمتعة البائع ، فالبيع صحيح ، والبائع مشتغل بتفريغ الدار على الاعتياد في مثله .

٥٤٧٦ـ والذي ذكره **العراقيون** قد يتجه علىٰ بُعدٍ في هـٰذا المقام ؛ فإن الزراعة ممتنعةٌ[4] لأجل الماء ووقوفه .

وكان **شيخي** يقول : لو أجر داراً مشحونة بالأمتعة ، كان كمسألة الماء ؛ فإن الانتفاعَ متأخر وليس[5] كابتياع الدار المشحونة ؛ فإن المنفعة ليست معقوداً عليها في البيع ، وقد يجوز بيع الدار المكراة في قولٍ ، ولا شك في امتناع إكراء الدار المكراة ، وإذا كان في الماء الواقف الحائر خلاف ، فالدار المشحونة بالأمتعة أولىٰ بالخلاف ؛ إذ الماء من مصلحة الزراعة ، وإجراؤه في الأرض فاتحةُ العمل .

---

(١) (د١) : لـٰكنْ .
(٢) (د١) : الموقت .
(٣) أي أن وجود الماء ، وإن لم يمكن معه بدء الزراعة (الآن) إلا أنه لا يؤخرها عن وقتها ، ويضيّع إمكانها .
(٤) (د١) : متبعة .
(٥) سقطت من : (د١) .

فهـٰذا ما لا بد من التنبه له .

٥٤٧٧- وإذا جوّزنا الإجارة مع الماء ، ولـٰكنه كان كَدِراً يحول بين الناظر وبين درك الأرض ، ولم تتقدّم رؤية قبل وقوف الماء يقع الاكتفاء بها ، فالمذهب تخريج المسألة علىٰ قولي بيع الغائب .

ومن أصحابنا من صحح الإجارة في هـٰذه الصورة ، وإن منع استئجار الغائب ، وصار إلىٰ أن الماء من مصلحة الأرض/ واستتارُ الأرض به استتارُ اللبوب بالقشور . ش ١٧٢

وهـٰذا ضعيف ، لا أصل له ؛ فإن ما استشهد به هـٰذا المجيزُ ، خِلقةٌ يتوقف عليها صلاحُ الادخار ، والماء عارض يعرض ، فإذا استتر الأرض به كانت غائبة عن نظر المستأجر ، فلا حاصل إذاً لهـٰذا .

وما ذكرناه فيه إذا استأجر الأرضَ والماء واقف علىٰ ما فصلناه .

٥٤٧٨- وأما إذا استأجر والأرضُ عارية ضاحية ، وانعقدت الإجارة ، ثم تغشاها ماء ، فقد أكثر الأصحاب في التفاصيل ، والتقاسيم ، وهـٰذا فن ، لا أوثره في هـٰذا المجموع . وقد تولّع المصنفون بتطويل الكلام ، بالإعادات ، ونحن إذا كنا نُضطر إلىٰ مجاوزة الحد في كشف المشكلات ، فينبغي أن نؤثر قبضَ الكلام في المعادات ، ونقتصرَ علىٰ ذكر المعاقد ، والمرامز ، ونقول :

إذا كان الماء بحيث لا يُرقب انحداره ، وانحساره ، حتىٰ يفوت وقت الزراعة ، فهـٰذا ينزل منزلةَ تلف المعقود عليه ، فإن كان في جميع الأرض ، فهو كانهدام جميع الدار ، إذا جعلنا الانهدام من أسباب الانفساخ ، وإن كان ما جرىٰ في بعض الأرض ، فهو كالتلف في البعض ، ويتشعب منه قواعد التفريق في دوام العقد .

٥٤٧٩- وإن كان الماء [بحيث][1] يُتوقع انحساره عن الأرض [قبل انقضاء مدة الزراعة][2] ، نظر : فإن تحققنا ذلك من غير تردد ، فلا أثر لطريان هـٰذا . ومن ذكر خلافاً في الابتداء ، لم يجعل هـٰذا مؤثراً في الدوام .

---

(١) ساقطة من الأصل .
(٢) ما بين المعقفين سقط من الأصل .

وإن كنا نظن الانحسار ، ولا نقطع به ، فهٰذا بمثابة ما لو غصب غاصبٌ الأرضَ قبل أوان الزراعة ، فإن زال الغصب ، ولم تفت الزراعة ، فلا أثر لطريانه ، وإن تمادى الغصب والاستيلاء إلىٰ فوات الزراعة ، انفسخت الإجارة ، والقول في الماء علىٰ هٰذا النحو .

وإن وُجد ما ذكرناه في البعض من الأرض ، جرت فصول[1] التفريق .

٥٤٨٠ـ وما استشهدنا به من الغصب من أصول الكتاب ، وسيأتي فيه فصل[2] مقصود ، فلذلك لم نُطنب في بيان حُكمه . وهٰذا القدر مقنع .

فَصْلٌ

قال : « وإن مرّ بالأرض ماء ، فأفسد الزرعَ . . . إلىٰ آخره »[3] .

٥٤٨١ـ إذا زرع المكتري ، وأنبتت الأرض ، فركبها ماءٌ ، وأفسد الزرعَ ، وذلك بعد إمكان ابتداء الزراعة ، فالذي جرىٰ في حكم جائحةٍ .

ولو احترق زرع المستأجر بالصواعق ، أو حطّمه البَرَدُ ، أو استأصله الجرادُ ، فلا أثر لما يجري في العقد ، والإجارة قائمة ، والأجرة ثابتة بكمالها ؛ فإن هٰذه الجوائح لم تغير المعقود عليه في الإجارة ، وإنما أفسدت ملكَ المستأجِر .

٥٤٨٢ـ ولو أفسد السيل الأرض بعد فوات[4] الزراعة ، فهٰذا قد يتردد الناظر فيه .

والرأي/ عندنا أنه لا يؤثر في الإجارة ؛ فإن الأرض لو بقيت علىٰ صفتها ، وقد هلك الزرع ، لما كان للمستأجر فيها منتفع . ١٧٣ ي

وهٰذا الذي ذكرناه مصوّرٌ فيه إذا فسد الزرع بالماء ، ثم فسدت الأرض . وليست المسألة خاليةً عن احتمال ؛ من جهة أن بقاء الأرض علىٰ صفتها على الجملة مطلوب

---

(١) (د١) : أصول .
(٢) (د١) : فصول مقصودة .
(٣) ر . المختصر : ٣/ ٩٧ .
(٤) أي بعد هلاكها بالجوائح، كما صوره.

في تنمية الزرع ، وقد حالت الأرض عن صفة التنمية ، وإن هلك الزرع .

٥٤٨٣ـ ولو فسدت الأرض أولاً ، وفسد الزرع بفسادها ، فهـٰذا يؤثر في الانفساخ وسقوط بعض الأجرة[١] .

٥٤٨٤ـ وينقدح فيه وجه آخر ، وهو أن فساد الأرض آخراً لو جُعل سبباً لانفساخ أصل الإجارة فيما مضىٰ من الزمان ، لكان ظاهراً ؛ فإن فسادها أحبط أصلَ الانتفاع ، ولم يبق إلا نَصَبُ[٢] الزرَّاع .

وهـٰذا بديع في التصوير ؛ فإن المنافع في الزمان الماضي في حكم المستوفاة ، ولـٰكن الأوجه التوقّف فيها إلىٰ بيان الأمر ، وسلامة الأرض عن إحباط ما مضىٰ وبقي .

فهـٰذا محالّ النظر والتردد؛ فَلْيتثبَّت عندها الفقيه .

فصل

قال : « ولو اكتراها ليزرعها ، قمحاً . . . إلىٰ آخره »[٣] .

٥٤٨٥ـ إذا أكرى الرجلُ أرضاً للزراعة ، وسمىٰ نوعاً من الزرع ، فلا يتعين ذلك النوع ، بل للمستأجر أن يزرع ما يساوي المسمّىٰ في الضرر ، أو يتقاصر عنه ؛ فإنه إذا استحق منفعةَ الأرض علىٰ حدّ ، فالزرع استيفاءٌ لتلك المنفعة ، ولا يتعين علىٰ مستحِق المنفعة جهةُ استيفائها ، إذا كان لا يتعدّى المستحقَّ ، ولهـٰذا قلنا : من استأجر دابة ليركبها ، فله أن يُركب الدابة غيرَه ، إذا كان علىٰ حدّ المستأجر في الضخامة والعبالة ، أو كان أقلَّ منه ؛ ولهـٰذا جوّزنا للمستأجر أن يُكري المستأجَر . وكذا لو استأجر أرضاً ليزرعها قمحاً ، فزرعها شعيراً ، وضررُ الشعير ـ فيما يقال ـ أقلُّ .

٥٤٨٦ـ ولو عين القمح ، ثم أراد أن يزرعها ذرةً ، مُنع ؛ لأن ضرر الذرة يزيد علىٰ ضرر القمح زيادةً ظاهرةً .

---

(١) (د١) : الأرض .

(٢) نصب : أي تعب الزراع ، وضاع ما سبق من المنافع التي حصلوها .

(٣) ر . المختصر : ٣/ ٩٧ .

٥٤٨٧ـ ولو عين القمحَ وشرَط أن لا يزرع غيرَ القمح ، **فقد ذكر العراقيون وجهين** : **أحدهما** ـ أن الشرط يُفسد الإجارة ، وهـٰذا هو الظاهر ؛ لأنه يتضمن احتكاماً علىٰ مستحِق المنفعة ، وحَجْراً في التصرف ، فهو كما لو قال : أجرتك هـٰذه الأرض علىٰ أن لا تؤاجرها ، وهـٰذا لا شك مفسد ، كما لو قال البائع بعتك عبدي هـٰذا ، علىٰ أن لا تبيعه .

والوجه الثاني ـ أن الشرط يلغو ، والعقد يصح والمستأجر علىٰ خِيَرته ، كما ذكرناه في الإجارة المطلقة . ووجه هـٰذا : أن هـٰذا التعيين ليس يتعلق بغرضٍ صحيح في الجانبين ، اشتراطاً وقبولاً ، وما كان كذلك ، فهو حقيق بأن يلغىٰ ، وليس كذلك المنعُ من/ الإجارة ؛ فإنه حجرٌ في الملك يتعلق بغرضٍ ؛ إذ المكري ربما لا يثق بيد غير المستأجِر، ولا يؤثر أن تتداول الأيدي ملكَه ، وهـٰذا الذي يهواه علىٰ خلاف مقصود العقد ومقتضاه ، فكان الشرط فاسداً مفسداً . ١٧٣ ش

٥٤٨٨ـ وذكر القاضي وجهاً ثالثاً لا يليق بمنصبه ، وهو أن الشرط يصح[١] ، ويتعيّن ما عيّن ، وزعم أنه تلقّىٰ هـٰذا مما إذا نوى المتوضىء بوضوئه استباحةَ صلاةٍ بعينها ، دون غيرها ، فإن تيك الصلاة تتعين عند بعض أصحابنا .

وهـٰذا ظاهر السقوط ؛ فإن ذلك الوجه أولاً مما لا يليق بالفقيه[٢] التفريعُ عليه ، ولا ينبغي أن يزيد من له قدرٌ علىٰ تزييف ذلك الوجه ، ثم العبادات والنيات بعيدةٌ عن المعاملات ، وما فيها من الشرط الفاسد والصحيح .

٥٤٨٩ـ ومقصود الفصل أن المستأجر إذا عيّن القمح ، ثم زرع الذرة ، فهو أولاً ممنوع عن ابتداء الزرع لما قدّمناه ، فإن زرع قلع المالكُ زرعه ، ولم يكن له أن يقول : اتركه إلى الحصاد ، أغرَم لك ما يوجبه عليّ من مزيد ، وكذلك لو قال : ليس يتبين ضرره في ابتداء النبات ، فاتركه حتىٰ ينتهي إلىٰ توقّع الإضرار ؛ فإن هـٰذا أمرٌ لا ينضبط ، فالزرع مقلوعٌ ، ثم المالك يكلّفه القلعَ ، وإذا أثر قلعُه في احتفار

(١) (د١) : لا يصح .
(٢) (د١) : الفقه .

الأرض ، وإظهار حفائرَ فيها ، لزمه تسويتُها ، كما يلزم الغاصب .

فإن غَفَل المالكُ عن تعدّيه ، حتىٰ حصدَ الزرعَ المضرَّ ، **قال الشافعي** : لصاحب الأرض الخيارُ ، فإن شاء ألزمه الأجرة المسماةَ ، وألزمه أرشَ نقص الأرض بسبب الذّرة ، فينظر إلىٰ ما بين تنقيص القمح وتنقيص الذرة ، ويُلزمه مع الأجرة المسماة أرشَ ما زاد من النقص بسبب الذرة .

وإن شاء أن لا يطالبه بالأجرة المسماة أصلاً ، ويطالبه بأجر مثل الأرض لو زرعت ذرة ، فله ذلك .

٥٤٩٠ـ ولما نقل **المزني** هـٰذا قال : الأول أولىٰ بقوله ، فاحتمل كلامُ **المزني** أنه فهم من كلام **الشافعي** قولين ، ثم اختار الأول ، حتىٰ كأنه اعتقد أن ما ذكره **الشافعيُّ** ليس إثباتَ خِيَرةٍ بين خصلتين ؛ فإن إثبات الخيرة مذهبٌ واحد ، ومن ضرورة الخِيرة تعلّقها بأمرين ، فرأى **المزني** أن هـٰذا من **الشافعي** ترديدُ القول بين الحُكْمين علىٰ ما سنوضحهما .

وقد اختلف أئمتنا في المسألة ، فنذكر [ما ذكروه][1] ثم نتصرف في لفظ **المزني** .

٥٤٩١ـ فمن أصحابنا من قال : في المسألة **قولان** : **أحدهما ـ** أن صاحب الأرض ليس له إلا الأجرة المسماة ، والرجوعُ بالنقص المتخصص بالذرة . **والقول الثاني ـ** أنه ليس له إلا أجرة المثل .

توجيه القولين : من قال : ليس له إلا أجرةُ المثل ، احتج بأن المستأجر تركَ الانتفاعَ الذي يستحقه جملةً ، وشغل الأرضَ بنوع آخر ، فانفسخت الإجارة ، وصار المستأجِر في حكم من يغصب/ أرضاً ، ويزرعها ذرة . ي ١٧٤

ومن قال بالقول الثاني[2] ، احتج بأنه لم يحِد[3] عن قبيل الزراعة وجنسها ، ولـٰكنه اعتدىٰ ، وزاد ، فكأنه استوفى المنفعة المستحقةَ ، وتعدّىٰ محلّ الاستحقاق ، ففي

---

(١) في الأصل : ما ذكرتموه .
(٢) الثاني هنا : هو الأول ذكراً ، ففي الكلام لفٌّ ونشرٌ .
(٣) (د١) : يمل .

الذرة ضررُ القمح ، مع مزيدٍ ، والدليل علىٰ هـٰذا أن ما ذكره ناصر القول الأول من ادعاء الانفساخ لا أصل له ، وقد انقضت المدة تحت يد المستأجر ، فكان يجب لو صح ذلك المسلك أن يقال : إذا فاتت المنفعةُ تحت يده في كمال المدة ، وجب الأجرةُ المسماة ، ويجب أجرة المثل لزراعة الذرة ، وهـٰذا سرفٌ في الإلزام .

ولناصر القول **الثاني** أن يقول : المستأجر بزراعة الذرة سدَّ جهةَ الانتفاع بزراعة القمح ، والمستأجر لو أتلف العين المستأجرة ، ترتب علىٰ إتلافه انفساخُ الإجارة ، كما لو تلفت بنفسها ، فلا معنىٰ لتخيل[1] الجمع بين الأجرة المسماة ، وبين أجرة المثل .

٥٤٩٢ـ وهـٰذه الطريقة في القولين تخالف **نص الشافعي** ، فإنه صرح بتخيّر المالك ، وهـٰذا القائل [بإجراء][2] القولين رفَعَ حكم الخيرة من البَيْن .

٥٤٩٣ـ ومن أصحابنا من سلك طريقةً أخرىٰ ، فقال : في المسألة **قولان** : **أحدهما** ـ أن صاحب الأرض مخيرٌ ، كما نص عليه **الشافعي** ، فإن شاء ألزم المستأجِرَ الأجرةَ المسماةَ ، وأرشَ النقص الزائد ، كما ذكرناه . **والقول الثاني** ـ أنه يتعين عليه أخذُ أجرة المثل .

٥٤٩٤ـ وذكر بعضُ أصحابنا القولين علىٰ صيغة أخرىٰ ، فقال **أحدهم** : إنه يتخير كما ذكرناه . **والثاني** ـ أنه لا يتخير ، وليس له إلا المسمَّىٰ وأرشُ النقص .

وكان **شيخي** يؤثر هـٰذه الطريقة ، ويراها أصحَّ من التي قبلها .

٥٤٩٥ـ التوجيه : من أثبت الخيرة وهو ظاهر النص ، احتج بأن المستأجر من وجهٍ لم يحد عن الزرع ، ومن وجهٍ لم يأت بالجنس المستحَق ، والحكم بالانفساخ بعيدٌ ، والمسألة مترددةٌ بين القواعد ، فإذا لم ينقدح الانفساخ وقوعاً ، ولم يتجه تعيّن الأجرة المسماة لحيد المستأجر عن النوع المستحق ، فلا[3] وجه إلا أن يخيَّرَ المالك .

---

(١) سقطت من (د١) .
(٢) في الأصل : في إجراء .
(٣) (د١) : فالأوجه .

ووجه من منع التخيير أن الإجارة قد انتهت ، [فَعَطْفُ][(١)] الفسخ عليها محال ، فيجب أن يقع الحكمُ مجزوماً . ثم من جزم القولَ بأجرة المثل ، فوجهه ما تقدم . ومن رأى الجزم بالمسمّىٰ ، وأرْشَ النقص ، فقد سبق في الكلام ما يوجه ذلك أيضاً .

٥٤٩٦ـ ومن أصحابنا من أبىٰ طريقةَ القولين ، وقال : لا مذهب **للشافعي** إلا التخيُّر بين المسمَّىٰ وأرشِ النقص ، أو أجر المثل . وهـٰذا بيِّنٌ في لفظه . ومن استنبط من كلام **المزني** القولين ، فهو غير منصفٍ ؛ فإنّ ترك نص **الشافعي** ، وهو صريح في الخِيرة ، لا معنىٰ له بخيالٍ في كلامِ/ **المزني** . ش ١٧٤

علىٰ أنه يمكن حملُ كلامه ، إذ قال : الأوّل أولىٰ : أنه لا يؤثر التخير مذهباً لنفسه ، بل رأىٰ ما ذكره **الشافعي** إحدى الخيرتين المذهبَ المجزوم ، فإذا[(٢)] احتمل كلام **المزني** هـٰذا ، فلا معنىٰ لمخالفة النص ، وليس **للشافعي** نص إلا التخيير ، فمذهبه التخير إذاً .

هـٰذا بيان مسالك الأصحاب في المسألة .

٥٤٩٧ـ ولو أردنا أن نجمع ما ذكروه وننظمه أقوالاً ، انتظم منه **ثلاثةُ أقوال** :

أحدها ـ أنه يتعين المسمىٰ وأرشُ النقص .

والثاني ـ يتعين أجر المثل .

والثالث ـ أنه يتخير ، كما سبق معنى التخيّر .

٥٤٩٨ـ ومما يتعيّن الإحاطة به في ضبط المذهب ، في هـٰذا الأصل : أن من استأجر دابةً ليحملها مائة منٍّ من الحنطة ، فحمّلها مائةً وخمسين ، فالأجرة المسمّاة تثبت قولاً واحداً ، ويجب في مقابلة الزيادة أجرةُ المثل ، وليس هـٰذا [من صور][(٣)] القولين ؛ فإنه استوفىٰ ما استحق ، وزاد عليه ، فثبت لاستيفائه الحكمُ اللائق ، وثبت لما زاد الحكم الذي تقتضيه الزيادة .

---

(١) في الأصل : بعطف .
(٢) (د١) : إذا .
(٣) في الأصل : في صورة القولين .

وإذا ذكر زراعةَ البرّ ، وعدل [منها][(١)] إلىٰ زراعة الذرة ، فهٰذا ميلٌ من نوعٍ إلىٰ نوعٍ من غير خروج عن قبيل الزراعة ، فترددت الأقوال لذلك ، ونظير هٰذه المسألة ما لو استأجر داراً ليسكنها ، فأسكنها الحدّادين ، والقصارين ، حتى اشتغلوا بأعمالهم ، فتزلزلت السقوف لهَا ، وبدت الشقوق في الجدرات[(٢)] وغيرها ، فهٰذا يخرّج على الخلاف المذكور في إبدال زراعة الحنطة بزراعة الذرة .

٥٤٩٩ـ ومما يلتحق بذلك أنه لو اكترىٰ دابة ليحمّلها مائة منٍّ من الحنطة ، فحمّلها مائة منٍّ من الحديد ، فهٰذا عدوان [منه][(٣)] وتعدٍّ من النوع المستحَق إلىٰ نوعٍ آخر ، فيكون هٰذا على الأقوال التي ذكرناها .

وقد لا يظهر من [تحميل][(٤)] الدابة الحديدَ نقصٌ ، فترجع[(٥)] [الخيرةُ][(٦)] علىٰ قول التخيّر إلى الأجرة المسماة ، وإلىٰ أجرة المثل . وإن كانت الأجرة المسماة في تحميل الحنطة كأجرة مثل حمل الحديد ، فلا يظهر للتخيّر معنىٰ .

والذي يظهر في ذلك أنا إذا عيّنا المصيرَ إلىٰ أجرة المثل ، فنحكم بأن الإجارةَ قد انفسخت ، ويظهر هٰذا المسلك ، وإن كان لا يظهر تفاوتٌ . وكذلك إذا عيّنا الأجرة المسماة ، فيكون هٰذا مسلكاً ، ومقتضاه أن الإجارة غيرُ منفسخة .

ويجوز أن يقال : علىٰ قول التخيّر : إن أراد الفسخ ، فيرجع إلىٰ أجرة المثل ، وإن كانت مثلَ المسمىٰ ، والظاهر أن التخيّر لا معنىٰ له ؛ فإن الخيار في الفسخ إذا كان مربوطاً[(٧)] [بغرضٍ][(٨)] لا يثبت حيث لا يظهر الغرض .

---

(١) في الأصل : فيها .
(٢) كذا في النسختين . ولعلها : الجدران . فلم أر هٰذا الجمع (الجدرات) منصوصاً .
(٣) في الأصل : فيه .
(٤) في الأصل : تحمل .
(٥) (د١) : فيراجع .
(٦) غير مقروءة في الأصل .
(٧) (د١) : مضبوطاً .
(٨) في الأصل : لغرض .

وفي هـٰذا المقام احتمال ، فليتأمله الناظر ، كما نبهنا عليه .

٥٥٠٠ـ ورأىٰ بعض أصحابنا أن يشبه القولين في بعض الطرق بأصلٍ قدمناه في الغصوب ، وهو أن الغاصب إذا/ تصرف في الدراهم المغصوبة ، وظهر الربح ، ففي القول المنقاس نقول : المالك يتبع دراهمَه لا غير ، وفي القول الثاني يتخيّر بين أن يأخذ منه الدراهمَ ، وبين أن يُجيز العقودَ لمكان الربح . ي ١٧٥

وهـٰذا تشبيهٌ من طريق اللفظ ، مع إضمار خروج التخيّر ، في الموضعين عن ضبط القياس .

وليس هـٰذا بناءً على التحقيق ؛ فإن البناء على التحقيق شرطُه أن يجتمع المبني والمبني عليه في مأخذ الكلام ، ومسألة الغصب مأخذها ضربٌ من الاستصلاح في تحصيل الأرباح ، وقطعُ ذريعة الغاصب ، وهو يلتفتُ ، علىٰ وقف العقود ، وما نحن فيه من باب حَيْد المستحِق عن النوع المستحق ، مع الاجتماع في الجنس ، فكانا متباعدين .

٥٥٠١ـ ولو استأجر أرضاً ليزرعها قمحاً ، فغرس فيها غراساً ، فقد كان شيخي يقول في هـٰذه الصورة : المذهبُ الرجوع إلىٰ أجرة المثل ، لتباين الزرع والغراس ، ولا يخرّج فيه قولُ التخيّر ، وكان يحكي عن بعض الأصحاب قولَ التخيّر أيضاً علىٰ بُعدٍ ، وسبب خروجه أنه بإثباته اليدَ على المستأجَر في حكم المستوفي للمنفعة ، وإن مال عن جهة الاستحقاق ، ففي المسألة احتمالٌ علىٰ حال .

فصل

قال : « ولو قال : ازرعها ما شئت . . . إلىٰ آخره »[1] .

٥٥٠٢ـ إذا استأجر أرضاً ، وذكر في الإجارة أنه يزرعها ما شاء ، فالإجارة صحيحة ، وكأن المكري رضي بأن يزرعها أكثر أنواع الزرع ضرراً ، والأرض[2] تحتمل

(١) ر . المختصر : ٣/ ٩٨ .
(٢) (د١) : إذ الأرض .

ذلك ، وإذا جرت الإجارة علىٰ هـٰذه الصيغة ، فليس له أن يغرس ، فإنَّ اسم الزرع لا ينطلق عليه .

٥٥٠٣ـ ولو اكترىٰ دابّةً علىٰ أن يحمل عليها ما شاء ، لم تصح الإجارة ؛ فإنّ الدابة لا تحتمل كل شيء ، احتمال الأرض كلَّ زرع ، ولو قال : اكتريت هـٰذه الدابةَ علىٰ أن أحمل عليها مائة منٍّ من أي جنسٍ شئتُ ، فتصح الإجارة ؛ لأنها تحتمل مائة منٍّ من أي جنس قُدّر ، فالإجارة فيها علىٰ هـٰذه الجهة تساوي استئجارَ الأرض علىٰ أن يزرع المكتري ما شاء .

٥٥٠٤ـ ولو قال : اكتريتُ هـٰذه الأرضَ لأغرسها ، فله أن يزرعها ؛ فإن الزرع أهون من الغرس .

ولو قال : أكريتك هـٰذه الأرض ، ولم يذكر زراعةً ، ولا غراسةً ، بل أطلق الكراء ، كما وصفنا ، فالكراء فاسد وفاقاً ؛ فإنه لم يشتمل علىٰ إعلام المقصودِ المعقود عليه ، ولا نظر إلى احتمال الأرض كلّ شيء في جهات المنفعة ؛ فإن الجهالة يجب اجتنابها في المعاوضات . والإجارة معقودةٌ في الصورة التي ذكرناها علىٰ جهالةٍ بيّنة ، وليس كما لو قال: أجرتكها لتزرعها ما شئت ؛ فإنه أَعْلمَ بلفظه هـٰذا الرضا بأظهر أنواع الزروع ضرراً ، فكان كما لو قال/ : أكريتكها لتزرعها الذرةَ . ولو جرى العقد كذلك ، لكان للمستأجر أن يزرعها الذرة ، والقمح ، إن شاء ، فرجع مقتضى التخيير إلىٰ تنزيل العقد علىٰ أضرّ الزرع بالأرض ، فقد حصل الإعلام إذاً وزال الإبهام . ١٧٥ ش

٥٥٠٥ـ ولو قال : أكريتك هـٰذه الأرضَ علىٰ أن تزرعها ، ولم ينص علىٰ نوع الزرع ، ولـٰكن ذكر الزراعة مطلقاً ، فقد ذكر العراقيون وجهين في هـٰذه الصورة : **أحدهما ـ** أن الإجارة تصح ، كما لو قال : ازرعها ما شئت .

والوجه الثاني ـ أن الإجارة فاسدة للجهالة ؛ إذ ليس في صيغتها التفويض إلىٰ خيرة المكتري حتىٰ تنزل الإجارة علىٰ أضر الزروعِ ، وليس في صيغتها تعيين نوعٍ ، ففسدت الإجارة ، فإن أنواع الزروع تتفاوت تفاوتاً بيّناً في قلة الضرر وكثرته .

٥٥٠٦ـ ولو اكترىٰ داراً معينة مطلقاً ، ولم يذكر جهة الانتفاع بها ، فالإجارة

صحيحة ، لم يختلف الأصحاب فيها ، وذلك أن العرف يعيّن الانتفاعَ بالدار ، ويبيّن أنه لا جهة إلا السكون ، والانتفاع بالأرض ينقسم في العادة .

٥٥٠٧ـ ولو اكترىٰ دابة ليحمل عليها مائة منٍّ ، ولم يبين جنسَ المحمول ، فالإجارةُ صحيحةٌ ، قطع الأصحاب بصحتها ، ولم ينزلوا هـٰذه المسألة منزلة ما لو اكترىٰ أرضاً للزراعة ، من غير تعيين نوعٍ ، وإن كان الضرر يتفاوت على الدابة باختلاف أجناس المحمول ، كما يتفاوت الضرر في أنواع الزرع .

وسبب قطع الأصحاب بما ذكرناه في الدابة أن الأمر قريبٌ في أجناس المحمول ، ولا يبلغ تفاوتها مبلغ تفاوت الزروع .

وكنت أود أن يقال : إن قصُر السفر ، لم يظهر تفاوت في الضرر ، وإن طال ، فقد يُظهر التفاوتُ ضرراً بيّناً ، والظهور [إلىٰ][1] الدواب أسبقُ منه إلى الأراضي ، فإذا فرضت المسألة في طول السفر ، لم يبعد التخريج على الخلاف المذكور فيه إذا قال : أكريتك هـٰذه الأرضَ لتزرعها .

٥٥٠٨ـ ومما يتعلق بما نحن فيه أنه لو قال المكري : أكريتك هـٰذه الأرضَ لتنتفع بها في أي وجهٍ شئت[2] ، فتصح الإجارة ، وله أن يغرس ، ويبني ، وإن أراد الزرعَ ، فلا شك في جوازه .

٥٥٠٩ـ ولو قال : أكريتك هـٰذه الأرضَ ، فإن شئت ، فازرعها ، وإن شئت ، فاغرسها ، فما صار إليه الكافةُ تصحيحُ الإجارة، كما ذكرناه الآن .

قال صاحب التقريب في هـٰذه الصورة الأخيرة : يحتمل أن نقول : لا تصح الإجارة ، كما لا يصح أن يقول : بعتك هـٰذا[3] العبد بألفٍ ، فإن شئت مكسرة ، وإن شئت صحاحاً .

ي ١٧٦ وهـٰذا الذي ذكره بعيدٌ ، مع اتفاق/ الأصحاب علىٰ أنه لو أجره علىٰ ما شاء من

---

(١) في الأصل : لأن .
(٢) (د١) : من أي نوعٍ شئت .
(٣) (د١) : بعتك هـٰذه الأرض .

الانتفاع ، جاز . وقوله : إن شئت ، فازرع ، وإن شئت ، فاغرس ، تنصيصٌ علىٰ معنىٰ قوله : أكريتك علىٰ ما شئت من جهات الانتفاع ، وليس كما استشهد به من ترديد الألف بين المكسر[١] والصحاح ؛ فإنّ ذلك إثباتُ عِوض على الجهالة .

٥٥١٠ـ ولو قال : بعتك عبدي هـٰذا بألف درهم من أي نقدٍ شئت ، لم يصح ، وهو يناظر من طريق اللفظ ما لو قال : أجرتك هـٰذه الأرضَ علىٰ أن تنتفع بها كيف شئت .

٥٥١١ـ ولو قال : أكريتك هـٰذه الأرضَ ، فازرعها ، واغرسها ، فقد اختلف أصحابنا في المسألة .

فالذي صار إليه الأكثرون أن الإجارة فاسدة ؛ فإنها لم تُعقد علىٰ صيغة التفويض والتخيير ، بل ذكرت الزراعة ، والغراسة جميعاً ، فاقتضىٰ ذلك أن يزرع المكتري بعضاً ، ويغرس بعضاً ، ثم البعض الذي يغرس مجهول .

ومن أصحابنا من قال : تصح الإجارة وينزل علىٰ حكم التنصيف ، فيزرع المكتري نصفها ، ويغرس نصفها ، واحتج هـٰذا القائل بأن الإضافة إلىٰ جهتين على الإرسال مقتضاها التنصيف ، كما لو أضيفت عَيْنٌ إلىٰ شخصين في الإقرار لهما بها ، فإنه لو قال : الدار التي في يدي لفلان وفلان ، كان قوله هـٰذا محمولاً علىٰ وقوع الدار نصفين بينهما .

٥٥١٢ـ فإن قلنا بالفساد ، فلو قال : ازرع نصفَ الأرض ، واغرس نصفَها ، فأجرىٰ ذلك في صلب العقد ، فهل تصح الإجارة علىٰ هـٰذا الوجه ، وليس فيها تعيين النصف المزروع ، وتعيين النصف المغروس ؟ فعلىٰ وجهين : **أحدهما ـ** لا يصح إطلاق النصفين ، وتفسد الإجارة ، وهو اختيار **القفال** ؛ فإن الغرض يختلف في ذلك اختلافاً ظاهراً ؛ إذ لو وقع[٢] الغراس في الجانب الشرقي ، يفسد الزرع في الغربي ، ولو كان

---

(١) (د١) : ترديد النقد بين المكسور والصحاح .
(٢) (د١) : ولو وقع .

على العكس[١] ، صحّ الزرع والغرس ، فلا بد من التمييز والتعيين .

ومن أصحابنا من قال : إبهام الأمر في التعيين مقتضاه تفويض الأمر للمكتري ، حتىٰ [يزرع][٢] أي نصفٍ شاء ، ويغرس أيّ نصفٍ شاء .

٥٥١٣ـ ولا خلاف أنه لو قال : أكريتكها علىٰ أن تزرع أي نصفٍ شئت ، وتغرس أي نصفٍ شئت ، فالإجارةُ تصح كذلك .

وإذا صحت الإجارة علىٰ أن يزرع النصف ، ويغرس النصف ، فلو غرس الكل ، لم يجز ، ولو زرع الكلّ ، جاز ، ووجهه بيِّن .

ولو قال : ازرعها واغرسها ما شئت، فزاد[٣] التفويضَ إلى المشيئة ، فالذي ذهب إليه معظم الأصحاب ، أن هـٰذا بمثابة ما لو قال : ازرعها ، واغرسها . وقد ذكرنا ترددَ الأصحاب في التفريع . وذهب بعض أئمتنا إلىٰ أن/ التقييد بالمشيئة يقيّد تفويضَ زراعة الكل ، وغراسة الكل . وهـٰذا زلل ، فاللفظ لا يشعر به . (ش ١٧٦)

ولو قال : أكريتكها علىٰ أن تزرعها ، أو تغرسها ،فهـٰذا الآن تخيير في الكلّ ، فتصح الإجارة ، وتحمل علىٰ تنزيلها علىٰ أضر جهات الانتفاع ، ثم الخيرةُ إلى المكتري في الكل ، إن شاء غرس الكلَّ ، وإن شاء زرع الكلَّ ، فإذا انبسطت خِيرَتُه في الكل ، فله أن يزرع بعضاً ، ويغرس بعضاً .

فَصْلٌ

قال : «وإذا انقضت سنون، لم يكن لرب الأرض أن يقلع غراسه . . . إلىٰ آخره »[٤].

٥٥١٤ـ إذا اكترىٰ أرضاً للغراس والبناء ، وضرب مدَّةً معلومة ، فالإجارة تصح ،

---

(١) على العكس : أي وقع الغرس في الجانب الغربي، ولك أن تعجب معي من دقة ملاحظة أئمتنا ومعرفتهم بالواقع، وذلك أن الغراسَ ـ أي زراعة الأشجار ـ إذا كان في الجانب الشرقي يلقي بظلاله على الجانب الغربي؛ فلا يصح الزرع، إذ يحتاج إلى ضوء الشمس، ولا يصح في الظل.

(٢) في الأصل : يعين .

(٣) (د١) : فردّ .

(٤) ر . المختصر : ٣/ ٩٨ .

ولو أطلق الإجارة ، وأبهم مدتَها بناء علىٰ أن المقصود من الغراس أن يؤبد ، فينبغي أن تنطبق الإجارة على المقصود في المنفعة المذكورة ، فالإجارة تفسد ، وليست كالنكاح المؤبد ؛ فإن وضع الشرع فيها[١] التأبيد .

فإذا ثبت أن التأقيت لا بد منه ، فالقول في أن الغراس يقلع مجاناً ، أو علىٰ شرط الضمان ممّا سنفرد فيه فصلاً ـ إن شاء الله عز وجل ـ وإن سبق مقرراً في العاريّة .

وغرض هـٰذا الفصل مقصودٌ واحد ، ولـٰكن لا وصول إليه إلا بإجراء طرفٍ من الكلام في [القلع][٢] وأنه يقع[٣] بعوض ، أو مجاناً .

٥٥١٥ـ فنقول : الفصل يتشعب عنه **ثلاثُ مسائل** : **إحداها** ـ أن يشترط على المكتري قلعَ الغراس بعد انقضاء مدة الإجارة ، فيصح العقد علىٰ هـٰذا الشرط ، باتفاق الأصحاب .

ولو أجر ، وشرط المستأجر أن لا يقلع غراسه مجاناً ، صح ؛ فإن مطلق العقد يقتضي أن لا يقلع غراسه بعد انقضاء المدة مجاناً ، فإذا ذكر هـٰذا شرطاً ، كان مصرِّحاً بمقتضىٰ إطلاق العقد .

فخرج مما ذكرناه أن شرط القلع على الوجهين مجاناً، أو علىٰ ضمان النقصان جائز، والمطلق محمولٌ على القلع علىٰ شرط الضمان ، كما سنصفه، إن شاء الله تعالىٰ .

٥٥١٦ـ ولو ذكر في الإجارة المدةَ ، وشرط أن لا يقلع غراسه أصلاً ، بل يبقىٰ من غير أجرة ، أو بالأجرة في الزمان المستقبل ، فالإجارة تفسد علىٰ هـٰذه الصفة[٤] باتفاق الأصحاب ؛ فإنها تتضمن إلزام المكري تأبيد الغراس ، ولو كان لهـٰذا مساغٌ ، لجاز شرط التأبيد في صيغة الإجارة .

٥٥١٧ـ ومقصود الفصل الآن حيث انتهى الكلام إليه أن الإجارة إذا عقدت علىٰ

---

(١) كذا في النسختين، بتأنيث الضمير، ويصحّ على تأويل العقود مثلاً.
(٢) في الأصل : القطع .
(٣) (د١) : يقلع .
(٤) (د١) : الصيغة .

شرط القلع بعد المدة مجاناً ، فإذا قلع المستأجرُ بعد انقضاء المدة وفاءً بالشرط ، فقد **قال الأئمة العراقيون** وغيرهم : ليس على المستأجر تسويةُ الحفر التي تقع بسبب القلع وراء المدة ، وتعليل ذلك بيّن ؛ فإن القلع مشروط ، وفي إيقاعه وفاء بالشرط ، فلا ينبغي أن يتضمن ذلك/ مَغْرَماً . ي ١٧٧

ولو لم يجْرِ شرطُ القلع ، ولـٰكنا حكمنا بأن العقد يقتضي القلعَ ، ومنْعَ التبقية ، فإذا انقضت المدة ، وقلع المستأجر ، يلزمه تسويةُ الحفر .

وهـٰذا متفق عليه بين الأصحاب .

والفرق أنه إذا لم يجْرِ للقلع ذكرٌ ، فلا يتعين القلعُ ، بل يتجه **وجوهٌ** في الغراس : **أحدها** ـ أن يبقىٰ بأجرة المثل في الاستقبال ، **والآخر** أن يبتاعه المكري بثمن المثل ، **والآخر** أن يُباعَ الأرضُ والغراسُ ، ويوزّع الثمن .

وسنصف هـٰذه التفاصيل على الاستقصاء، إن شاء الله تعالىٰ .

فإذا كان القلع لا يتعين عند الإطلاق، فاختاره المستأجر ؛ فإنه يلتزم تسوية الحفر . هـٰذا ما ذكره الأئمة .

وللنظر فيما ذكرناه مجال .

أما إذا جرىٰ شرط القلع ، فالأمر علىٰ ما ذكره الأئمة في أنه لا يجب على القالع تسوية الحفر ، كما قدمناه ؛ فإنه وقع مأذوناً فيه .

٥٥١٨ـ وأما إذا قلع في إطلاق العقد ، فيحتمل أن يقال : لا يلزمه تسوية الحفر أيضاً ؛ فإن القلع من مقتضيات العقد ، فكان مقتضى العقد فيه كالمشروط .

٥٥١٩ـ ومما (١) يتصل بما (١) نحن فيه أنه لو جرىٰ شرطُ القلع بعد العقد ، فلو قلع في أثناء المدة ، فلا يلزمه تسوية الحفر ، كما لو قلع بعد المدة ؛ فإن القلع بعد المدة تصرفٌ في أرضِ الغير عند انقضاء حق المستأجر وزوال يده المستحقة بالإجارة ، فإذا كان القلع في الانتهاء [لا يلزمه][2] تسوية الحفر ، فالقلع في أثناء المدة لأن لا يوجب

---

(١) ما بين القوسين سقط من (د١) .
(٢) في الأصل : لا يؤذن .

ذلك أولىٰ ، والأرض تحت يد المستأجر ، وتحت تصرّفه .

٥٥٢٠- ولو لم يجر للقلع ذكر ، ووقعت الإجارة على الإطلاق ، فقد ذكرنا من قول الأصحاب أن المستأجر ، إذا قلع بعد المدة ، التزم تسوية الحفر ، **فقال العراقيون** بناء علىٰ ذلك : لو قلع في أثناء المدة ، فهل يلتزم تسوية الحفر ؟ فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما** - أنه يلتزمها[1] قياساً علىٰ ما إذا قلع بعد المدة .

والثاني - لا يلتزمها ؛ فإن القلع في أثناء المدة تصرفٌ منه في ملكه ، وفي الأرض التي هي تحت يده ، فلم يتضمن إلزام التسوية .

وهـٰذا فيه ضعفٌ ، مع المصير إلىٰ أن التسوية بعد المدة واجبة ، كما ذكرنا .

نعم هـٰذا الاختلاف لائح في القلع[2] بعد المدة كما ذكرناه ، فأما الفرق بين القلع الواقع بعد المدة وبين القلع الواقع في المدة ، فلا اتجاه له .

وكنا وعدنا أن نذكر مسائل ثلاثاً ، وقد نَجَّزنا غرضنا من واحدة . **والثانية** ، **والثالثة** نذكرهما رمزاً وفاءً بما وعدنا ، واستقصاءُ القول فيهما في فصلٍ معقود بعد ذلك .

٥٥٢١- فالمسألة الثانية - أن يقول المستأجر : إذا انقضت المدة ، [فلا تقلع غراسي][3] مجاناً ، فالإجارة تصح ، وما ذكره ليس تأبيداً للغراس ، بل هو[4] نفيٌ للقلع مجاناً ، وهو غير منافٍ لمقتضى/ العقد .

١٧٧ ش

٥٥٢٢- والمسألة الثالثة - أن لا يقع للقلع تعرّضٌ ، ويذكر في الإجارة مدة ، فإذا جرت الإجارة كذلك ، وأمر القلع مبهم ، فالذي يقتضيه النص أن الغراس لا يُقلع مجاناً ، والتأقيت محمول على الوفاء بشرط الإعلام في العقد ؛ فإنّ إطلاق الإجارة من غير مدة باطلٌ ، وأمر القلع محمولٌ علىٰ أن لا يقع مجاناً .

وقال **أبو حنيفة** : الغراس مقلوعٌ بعد المدة مجاناً ، وصار إلىٰ أن ذكر المدة في

---

(١) (د١) : لا يلتزمها .

(٢) عبارة (د١) : نعم هـٰذا الاحتمال لائق بالاختلاف .

(٣) في الأصل : لم تقلع بنائي .

(٤) (د١) : لـٰكنه .

العقد يُشعر بهـٰذا ، ويُبيِّن أن استحقاق تبقية الغراس موقوفٌ علىٰ بقاء المدة .

وهـٰذا اختيار **المزني** .

وقد مال إلىٰ قياس **المزني** طائفة من أصحابنا . وفي كلام **القاضي** رمزٌ إليه . وقد قدمت في بعض مسائل المزارعة ذلك .

٥٥٢٣ـ ورأيت لبعض الأئمة أن التأقيت في العاريّة من غير تعرض للقلع يقتضي القلعَ مجاناً ، بعد [آخر][(١)] المدّة ؛ فإن العاريّة تبرّعٌ ، ويصح إطلاق العاريّة وتأقيتُها ، فإذا أُقتت ، اقتضى التأقيت الحملَ على القلع مجاناً ، وليس كذلك التأقيت في الإجارة ؛ فإن التأقيت مستحقٌّ في الإجارة لإعلام المعقود عليه ، فلم يقتض الحملَ على القلع مجاناً بعد انقضاء المدة ، وأيضاً فإن الغراس مستحق في [الإجارة][(٢)] ، وهو مباحٌ في العارية .

٥٥٢٤ـ وكل ما ذكرناه غيرُ معتد به في أصل المذهب ، والذي عليه التعويل في مذهب **الشافعي** أن إطلاق المدّة في الإجارة والإعارة لا يتضمن القلع مجاناً ، وما اختاره **المزني** مذهبٌ له يختص به .

فصل

قال : « وما اكترىٰ فاسداً فقبضها ، ولم يزرع . . . إلىٰ آخره »[(٣)] .

٥٥٢٥ـ إذا اكترى الرجل أرضاً ، أو غيرها اكتراءً فاسداً ، ثم قبض ما اكتراه على الفساد ، وأمسكه المدّة المذكورة ، فيلزمه أجر المثل سواء ، استوفى المنفعة ، أو لم يستوفها .

٥٥٢٦ـ وقال أبو حنيفة[(٤)] : إن لم يستوفِ المنفعة ، لم يلزمه الأجرة بثبوت

---

(١) زيادة من (د١) .
(٢) في الأصل : الاستئجار .
(٣) ر . المختصر : ٣/ ٩٩ .
(٤) ر . بدائع الصنائع : ٤/ ١٩٥ ، ومختصر اختلاف العلماء : ٤/ ١٣٣ مسألة : ١٨٣٢ .

يده ، وإن ضاعت المنفعة ، وإن استوفاها ، وجب أجر المثل . ثم له خبط في تفصيل المسمّىٰ وأجرِ المثل إذا كان أحدهما أقلَّ من الثاني .

وليست الإجارة الفاسدة كالنكاح الفاسد ؛ فإن من نكح امرأة بشبهة وردّها [إلىٰ حالته][(١)] ، فلا يلتزم مهرَها ما لم يطأْها ، والسبب فيه أن اليدَ لا تثبت علىٰ منافع البُضع ، فإذا لم يجْر وطءٌ ، ولا يدَ ، لم يجب الضمان ، وهـٰذا لا ينتفع به **أبو حنيفة** ؛ فإن منافع الدور والأبدان ، وغيرِها لا تضمن عنده[(٢)] بالإتلاف علىٰ سبيل العدوان ، ثم جعل الإتلاف سبباً في ضمان المنافع في العقد الفاسد .

٥٥٢٧ـ فإن قيل : إذا اشترىٰ شيئاً على الفساد ، فوضع البائعُ الشيءَ بين يديه ، فلا يكون ذلك إقباضاً ، ولو جرىٰ مثله في الصحيح[(٣)] ، كان إقباضاً ، فلقد فرقتم/ بين [الإقباض في الصحيح والإقباض في الفاسد][(٤)] ، فهل تسلكون هـٰذا المسلك في الإجارة ؟ قلنا : نعم ، وسبب الفرق في البيع أن الإقباض [مستحق][(٥)] ، فإذا قدّم البائع المبيعَ إلى المشتري ، كفىٰ ذلك ، فكان خروجاً منه عن الحق المستحق عليه ، فإذا خرج عما عليه ، [لزم][(٦)] الحكم بثبوت يد المشتري من طريق الحكم ، وإذا لم يكن القبض مستحقاً في الفاسد ، فالإقباض ليس توفيةً لحق مستحق ، فلا يتعلّق به حكمٌ ، ما لم يوجد قبضٌ في الحقيقة .

١٧٨ ي

وهـٰذا الفرق نجريه في الإجارة الصحيحة والفاسدة . فإذا قال المكري في الإجارة الصحيحة للمكتري: دونك الدار ، فاقبضها ، قد خلّيت بينك وبينها ، كان ذلك إقباضاً ، وقد يكون من تمامه تسليم المفتاح إليه ، وإذا سلم الدار إليه علىٰ هـٰذا الوجه

---

(١) في الأصل : إلا حالته . والمثبت من (د١) . والعبارة غير مستقيمة علىٰ كلا اللفظين . ويلوح لي أنها بمعنى: وردّها إلى خبائه، والله أعلم.

(٢) (د١) : عندنا .

(٣) أي في البيع الصحيح .

(٤) في الأصل ، كما في (د١) : بين الإقباض والإقباض في الصحيح والفاسد .

(٥) في الأصل : يستحق .

(٦) في الأصل : لزمه .

في الإجارة الفاسدة ، ولم يوجد منه تسلُّمٌ ودخولٌ للدار ، فهٰذا تسليم لا تسلّم معه ، فلا يتعلق به وجوب أجرة المثل على المستأجِر على الفساد .

فَصْلٌ

٥٥٢٨ـ قد ذكرنا طرفاً من البناء على الأرض المستأجرة ، والغراس فيها ، في الإجارة التي تقتضي الغراس والبناء ، ونحن نستقصي الآن ما يتعلق بأطراف الفصل، إن شاء الله تعالىٰ .

وقد تقدم في العارية القواعدُ الممهدة علىٰ أحسن مساق، ولم نغادر من أصول المذهب شيئاً إلا زوائد وفوائد ذكرها **الشيخ أبو علي** في **شرح الفروع** في كتاب الإجارة، ونحن ذاكروها ، وقد نُحوَج إلىٰ إعادة بعض تلك الأصول لنبني عليها ما زاده **الشيخ** فنقول :

٥٥٢٩ـ إذا انقضت مدة الإجارة ، وما كانت قيدت بشرط القلع مجاناً ، [أو][1] كانت قيدت بأن لا يقلع مجاناً ؛ فإن رضي صاحب البناء بقلع البناء ونقله ، لم يمنع من ذلك ، لا شك فيه ، فهل عليه تسوية الحُفر التي تحدث بسبب القلع ؟ فيه تفصيلٌ قدمناه علىٰ أبْين الوجوه .

وإن باع البناء من صاحب الأرض ، فاشتراه ، لم يخْفَ الحكم .

وإن رضي بيعَ الأرض مع البناء ، فيقسّط الثمن عليهما ، وقد سبق القول في كيفية التقسيط ، في كتاب التفليس .

٥٥٣٠ـ ثم ذكر **ابن سريج** أن صاحب الأرض مخيّر إن شاء كلّف المستأجر قلْعَ البناء ، وغرِم له ما ينقصه القلع ، وإن شاء أمره أن يبيع منه البناء قائماً ، ويأخذَ ثمنَه ، وإن شاء رب الأرض رضي بإمساك البناء وإدامته علىٰ صفته ، وألزم المستأجر أجر مثل الأرض في المستقبل ، فيتخيّر بين هٰذه الخلال .

---

(١) في الأصل: وإن .

والرجوعُ إلىٰ صاحب الأرض في تخيّر ما شاء من هـٰذه الخلال ، فلو قال : بع مني ، فليس له أن يقول : بل أُبقّيه بشرط أجرة المثل . ولو قال : بقِّه بشرط الأجرة ، فليس لصاحب/ البناء أن يقول : بل ألزمك قيمته وابتياعه ؛ إذ الخيرة إلى المالك . ١٧٨ ش

ثم قال **ابنُ سريج** : إذا اختار صاحب الأرض قسماً من هـٰذه الأقسام ، فلم يرض به صاحب البناء ، فيقال له : إما أن ترضىٰ به [وإما][1] أن تقلع بناءك مجاناً .

وهـٰذا قد فصّلته علىٰ نظائرَ وترتيبٍ يقضي اللبيبُ العجبَ من النظر فيه ، في كتاب العواري .

وما ذكره **ابنُ سريج** ، هو الذي قطع به معظمُ أئمة المذهب .

٥٥٣١ـ قال **الشيخ أبو علي** : فيما ذكره **ابنُ سُريج** نظرٌ عندي ، فإني أقول : إذا عيّن صاحبُ الأرض خَصلةً من الخصال الثلاث ، فلم يساعده صاحبُ البناء ، فله أن يقلع بناءه ، ولـٰكنه لا يقلعه مجاناً ؛ إذ يستحيل أن يبطُل حقُّه ، ويحبَط ملكه ، بسبب امتناعه عمَّا له الامتناع منه ، حتىٰ يصير في حكم من بنَىٰ علىٰ أرضٍ مغصوبة .

وبيان ذلك أنه إذا قال مالك الأرض : بع مني ، فامتنع ، فلا سبيل إلىٰ أن يباع عليه ملكه قهراً ، ولـٰكن ، يقال له : إن بعتَ [منه][2] فلك ذلك ، وإلا فاقلع ، ولك أرشُ ما ينقصُه القلع ، فأما أن يبقىٰ بشرط الأجرة ، فليس ذلك دون رضا مالك الأرض .

فهـٰذا معنىٰ حمله على اختيار صاحب الأرض . **واستدل الشيخ** في هـٰذا بأن قال : لو اضطُر رفيقُ الرجل ، وكان له طعام لا يحتاج إليه ، فعليه أن يسلّمه إلىٰ رفيقه بالقيمة ، ولو امتنع من تسليم الطعام ، أُخذ منه قهراً ، ولـٰكن لا يؤخذ منه مجاناً ، وتثبت القيمة له ، وإن أُجبر .

وحقيقة **ما ذكره الشيخ** يؤول إلىٰ أن مالك الأرض يخيِّر صاحبَ البناء على القلع ، ويغرَم له أرشَ النقص ، فأما إذا طلب منه البيعَ ، أو التبقية ، لم يحمل مالك البناء علىٰ ما يطلبه .

---

(١) سقطت من الأصل .
(٢) في الأصل : منك .

وهـٰذا الذي ذكره يخالف ما ذكره **ابن سريج** ، واختاره معظم الأئمة ، [وإن][١] كان متجهاً في المعنىٰ .

وقد ذكرت في العاريّة ما يتوجه به مذهب **ابن سريج والأصحاب** .

٥٥٣٢ـ ثم ينشأ من هـٰذا المنتهىٰ أمر مبهم ، لم يصرح به الأصحاب ، ودلت مرامزهم فيه علىٰ تردد ، فإذا طلب المالك القلعَ ، فصاحب البناء محمول علىٰ هـٰذا في كل مذهب ، وقد ذكرنا أن مالك الأرض يغرَم ما ينقصه القلع . ولـٰكن ربما يحتاج في القلع إلىٰ مؤونة لها قدرٌ ، فمؤونة القلع كيف السبيل فيها ؟ وعلىٰ من هي ؟

ظاهر كلام معظم الأصحاب يشير إلىٰ أن القلعَ علىٰ صاحب البناء ، ثم إذا قلع ، فعليه النقل ، ومؤونة تفريغ الأرض ، وعلىٰ مالك الأرض أن يغرَم له ما بين قيمة النقض وقيمة البناء القائم . والقلع علىٰ هـٰذا التقدير من النقل ، ولـٰكنه نقلٌ فيه معاناة ومقاساة مشقة ، فلا يجمع على/ مالك الأرض بين مؤونة القلع ، وأرش النقص . ي ١٧٩

وفي كلام الأصحاب ما يدل علىٰ أن مؤونةَ القلع علىٰ مالك الأرض ، كما أن عليه ما ينقصه القلع . وهـٰذا متجهٌ جداً ؛ من قِبل أنا لو جعلنا القلعَ نقلاً ، لوجب أن لا يغرمَ مالكُ الأرض ما ينقصه القلع ، فإن ما هو نقلٌ وتفريغٌ ، فهو محتومٌ على المستأجر ، فإذا اتفق القلع [منه][٢] ، فلا خلاف أن نقلَ النقض ، وتفريغ الأرض منه على المستأجر ، فلو كان القلع معدوداً منه ، لوجب أن لا يلزم مالك الأرض شيء .

والمسألة في نهاية الاحتمال ، والوجه إلزام مالك الأرض مؤونة القلع لما نبهنا عليه .

٥٥٣٣ـ ومما ذكره **الشيخ أبو علي** أن مالك الأرض إذا طلب من صاحب البناء أن يقلع مجاناً ، وأبىٰ صاحبُ البناء ، وطلب التبقية مجاناً ، وأصرّا على التناكر وطلب كل واحد منهما محالاً . هـٰذا مما ذكرتُه في العاريّة ، ولـٰكن **الشيخ** ذكر وجهين ، وأنا اقتصرت علىٰ أحدهما ، [وإن كان أظهرَهما][٣] قال رحمه الله : إذا تناكرا ، وطلب كلٌّ

---

(١) في الأصل : فإن .
(٢) ساقطة من الأصل .
(٣) زيادة من (د١) .

ما ليس[١] له ، ودام الخصام ، فللأصحاب وجهان : **أحدهما** ـ أن الأمر يوقف بينهما إلىٰ أن يستمسكا بما يجوز ، وقد ذكرنا ما لكلٍّ واحدٍ منهما ، وما عليه .

والوجه الثاني ـ أنهما إذا تناكرا ، حُملا على القلع ، ثم مالك الأرض يغرَم ما ينقصه القلع .

وهـٰذا كلام مبهم عندي ، جاز عليه الناقلون ، ولم يبحثوا عن حقيقته ، وأول إشكالٍ فيه عُسر تصوير التناكر ؛ فإن المالك إن طلب قلعاً مجاناً ، لم يُجب إليه ، وإذا طلب صاحبُ البناء تبقيتَه بلا أجرة[٢] ، لم يجب إليه ، فكل واحدٍ طلبَ أمراً هو فيه مبطلٌ ، ومقتضى الشرع منعُ المبطلين .

وهـٰذا التردد عندي يرجع إلىٰ أن المأمور بالقلع مَن ؟ فإذا طلب مالك الأرض القلعَ من صاحب البناء ، فلأصحابنا **وجهان** : **أحدهما** ـ أنه لا يُجبر صاحب البناء على القلع ، وإذا لم يجبر وُقف الأمر ، وقيل لمالك الأرض : مهما[٣] أردت أن تقلع ، فاقلع ، واغرَم . هـٰذا معنىٰ وقف الأمر ، لا معنىٰ غيرُه .

والوجه الثاني ـ أن مالك البناء يجبر على القلع ، ثم إذا قلع ، فعلىٰ مالك الأرض أرشُ النقص ، ثم إذا فرّعنا علىٰ وجه الوقف ، وقد بيناه ، وأوضحنا معناه ، فالظاهر أن أجرة مثل الأرض تجب في مدة الوقف ، علىٰ صاحب البناء ؛ فإن استحقاقه لمنفعة الأرض قد انقضىٰ ، ولو رضي صاحب الأرض بالتبقية علىٰ شرط الأجرة ، ثبتت الأجرة ، لم يختلف فيها أصحابنا ، ولا حاجة في إثبات أجرة المثل إلىٰ ذكرٍ وشرطٍ .

وفي المسألة احتمال علىٰ بُعدٍ إذا قلنا : القلع علىٰ مالك الأرض ، وقد طلب القلعَ ، ثم لم يقلع ، والتمس القلع من صاحب البناء ، والتفريع علىٰ أن القلع علىٰ مالك الأرض إذا[٤] أراد القلعَ ، وهـٰذا لا أعتدّ به ، والفقه/ إيجاب أجر المثل . والله أعلم . ١٧٩ ش

---

(١) (د١) : ماله ، وطال الخصام .
(٢) (د١) : بالإجارة .
(٣) مهما بمعنى (إذا).
(٤) (د١) : وإذا .

٥٥٣٤ـ فهـٰذه غوائل نبهنا عليها ، ولا اختصاص لها بالإجارة ، وهي بأعيانها تجري في الإعارة ، وفي كل بناء ساغ ابتداؤه ، وجاز قلعُه ، إذا لم يُشترط فيه القلعُ مجاناً .

ومن جملة ذلك لو اشترىٰ رجلٌ أرضاً بعَرْضٍ ، وتسلَّم الأرضَ ، وبنىٰ عليها ، ثم رُدّ العَرْضُ عليه بالعيب ، وفي تكلّف البناء من المشتري في الشِّقص المشفوْع عُسرٌ ، وقد تناهينا في تصويره في كتاب الشفعة ، وجملة هـٰذه المسائل تُخرّج علىٰ نسقٍ واحد .

ومن ضم ما ذكرناه الآن إلىٰ ما مهدناه في العاريّة ، لم يخف عليه خافية، إن شاء الله تعالىٰ .

فَرْعٌ : **٥٥٣٥ـ** إذا اكترىٰ أرضاً ليبني عليها بناء ، فهل يُشترط في صحة الإجارة أن يذكر مبلغ البناء في وزنه وقدْره ؟

ذكر **الشيخ أبو علي في ذلك وجهين** : **أحدهما** ـ وهو الأصح، أن ذلك لا يشترط ؛ فإن الأرض لا تتغير بكثرة البناء ولا يتفاوت ما يُقدّر من ضراره بثقل البناء وخفته .

ولو استأجر غرفة ليبني عليها بناء، فيجب بيانُ قدر البناء ووزنه ؛ فإن الغرفة تتأثر بالكثرة والثقل ، والأرضُ لا تتأثر .

والوجه الثاني ـ أنه يُشترط ذكر مقدار البناء ووزنه في استئجار الأرض له ، ووجه هـٰذا الوجه أن مالك الأرض ربما يحتاج أن يغرَم قيمة البناء ، وما ينقصه القلع ، فإذا كان ذلك من مقتضيات العقد ، فلا بد من إعلامه للاحتياج إليه آخراً .

وكلامُ **ابن الحداد** يدل على اختيار هـٰذا الوجه الأخير .

وفي التوجيه بما ذكرناه نظر ؛ فإن التعرض لما تُفضي إليه العواقب لا يشترط في العقود .

ويمكن توجيه هـٰذا الوجه بمسلك آخر ، [فيقال][1] : إذا بنى المستأجر بناء قريباً ،

---

(١) في الأصل ، كما في (د١) : ويقال .

قلّ انتفاعه ، وإذا عظم البناء ، وطال ارتفاعه ، كثر انتفاع المستأجر ، وسبب انتفاعه البناءُ علىٰ هٰذه الأرض ، فيجوز أن يقع التعرض لهٰذا ، والدليل عليه أن الدابة القوية قد لا تتأثر بحمل خمسين مناً ، ولٰكن إذا كان [المحمول](١) دون الخمسين ، فيجب ذكر مقداره ؛ فإن تأثر الدابة وإن كان لا يُحَسّ ، فازدياد انتفاع الحامل معلوم .

والذي يكشف الغطاء في ذلك أن من استأجر أرضاً ، وقال المالك : ابن عليها ما شئت ، فالظاهر صحةُ الإجارة ، [فإن ذكر **الشيخ أبو علي** هاهنا وجهاً ، فليس يتوجه إلا بما ذكره](٢) من النظر إلى العاقبة وتوقّع ضمان النقصان عند القلع .

ولو أكرىٰ أرضاً ، وقال للمكتري : ازرعها ما شئت، صحت الإجارة بلا خلاف/ ؛ فإن القلع لا يتوقع في الزرع ، والتفويض يتضمن تنزيلَ الإجارة على الزرع الأعظم الذي يكثر ضرره ، ثم الرضا بما دونه يسوغ . ١٨٠ ي

ولو أكرىٰ أرضاً للبناء مطلقاً ، ولم يتعرض لتفويض الأمر إلى المستأجر ، فالظاهر صحة الإجارة ، وإذا ذكرنا وجهاً في فسادها، أمكن توجيهه بالمعنى الذي نبهنا عليه من كثرة انتفاع المستأجر عند كثرة البناء ، ولم يقع تفويضٌ إليه على التصريح .

فهٰذا حاصل القول في ذلك .

فَرْعٌ : **٥٥٣٦ـ** إذا بنى المستأجر على الأرض المستأجرة استئجاراً صحيحاً ، فأراد صاحب الأرض بيعَ الأرض وعليها البناء ، نظر : فإن باعها قبل انقضاء مدة الإجارة ، خرج ذلك علىٰ قولين في بيع المكرَىٰ ، فإن منعنا البيعَ ، فلو انقضت المدة ، فباع الأرضَ مالكُها ، والبناء قائم بعدُ ، فقد ذكر **الشيخُ وجهين** في صحة البيع : **أحدهما ـ** أنه لا يصح؛ فإن الأرض مشغولة ، ونحن نفرّع علىٰ منع بيع الدار المكراة . ومنهم من

---

(١) في الأصل : (القوك) بهٰذا الرسم تماماً . ولم أدر لها معنىٰ ، فلم أجدها في (المصباح) ولا (المعجم) ، ولا (الأساس) ولا (الألفاظ الفارسية المعربة) ، ولا (المعرب) للجواليقي . فلعلها صحفت على الناسخ من (المحمول) . والله أعلم .

(٢) عبارة الأصل : « فإن ذكر الشيخ هاهنا وجهاً ، فليس يتوجه إلا بما ذكره الشيخ أبو علي » ومعروف أنه إذا أطلق إمام الحرمين لفظ الشيخ ، فإنما يقصد به الشيخ أبا علي ، ومن هنا استقامت عبارة (د١) التي أثبتناها دون عبارة الأصل .

صحح البيع ، ووجّه ما قال بقدرة البائع على السعي في تفريغ الأرض ، فإنه مهما أراد ، قلَعَ البناءَ علىٰ شرط الضمان ، وكلّف المستأجر النقلَ والتفريغَ ، فإن هـٰذين الوجهين مفروضان بعد انقضاء مدة الإجارة .

٥٥٣٧ـ ولو أراد المستأجر بيعَ البناء القائم على الأرض ، فإن باعه من صاحب الأرض ، صحّ ذلك منه ، وإن باعه من أجنبي ، فقد ذكر **الشيخ** في صحة البيع **وجهين** : **أحدهما** ـ أنه لا يصح ؛ فإن صاحب الأرض متسلّطٌ علىٰ قلعه ، وإذا كان مستحقَّ القلع ، لم يصح بيعه .

والوجه الثاني ـ أنه يصح ، وهو الصحيح ، كما يصح من المشتري بيعُ الشقص المشفوع ، وإن كان بيعه بصدد النقض .

وإذا منعنا صحة البيع لتوقع القلع[١] ، لم يفرّق بين أن [يبيع][٢] في زمان الإجارة أو يبيع بعد انقضائها ؛ فإن البناء يراد للتخليد ، وإذا كان القلع ممكناً بعد انقضاء المدة ، فهو منافٍ للمقصود .

فصل

قال : « وإذا اكترىٰ داراً ، فغصبها رجلٌ . . . إلىٰ آخره »[٣] .

٥٥٣٨ـ قد ذكرنا أن القبض في العين المكراة لا يقتضي نقلَ الضمان إلى المكتري ، فلو تلفت العين التي وردت الإجارة عليها ، أو علىٰ منافعها ، في يد المكتري قبل انقضاء المدة ، انفسخت الإجارة في مستقبل الزمان . وهـٰذا الفصل مقصوده الكلامُ في غصب الدار المكراة ، وهـٰذا يترتب على القاعدة التي ذكرناها .

٥٥٣٩ـ فإذا غصب الغاصبُ الدار ، نظر : فإن اتصل الغصبُ بالعقد ، ودام إلىٰ آخر المدة/ ، سقط المسمّىٰ عن المكتري ، والمالكُ يستحق على الغاصب أجرَ المثل . ش ١٨٠

(١) (د١) : الفرق .
(٢) في الأصل : يمنع .
(٣) ر . المختصر : ٣/ ١٠٠ .

٥٥٤٠ـ وإن انتزع المالكُ من يده الدارَ في خلال المدة ، بعد مضي شطرها مثلاً ، فالإجارة قد انفسخت في الشطر الأول ، الذي انقضىٰ في يد الغاصب ، وهل تنفسخ في بقية المدة ؟ فعلىٰ قولي تفريق الصفقة . وهـٰذا يناظر ما لو اشترىٰ رجل عبدين ، وتلف أحدهما قبل القبض ، وحكمنا بانفساخ العقد فيه ، ففي انفساخ العقد في العبد الثاني قولان .

ولا يخفىٰ أن ما ذكرناه في شطر المدة يجري في الزمان [القريب][١] الذي يُقدّر لمثله أجرة ، حتىٰ إذا أمسك الغاصب الدارَ من أول المدة يوماً واحداً ، ثم انتزعت من يده [فالإجارة][٢] تنفسخ في اليوم الواحد من أول المدة ، وفي انفساخها في بقية المدة قولا تفريق الصفقة : فإن حكمنا بالانفساخ ، فحكمه حكم ما لو دام الغصب إلىٰ آخر المدة ، وإن لم نحكم به ، فللمكتري الخيارُ في الفسخ تخريجاً علىٰ قاعدة التفريق ، فإن فسخ ، فحكمه ما قلنا ، وإلا فعليه ما يخص باقي المدة من المسمَّىٰ ، ويسقط عنه ما يقابل المدة التي جرت من أول الزمان في يد الغاصب .

ثم المالك[٣] يتبع الغاصب ويُلزمه أجرَ المثل لزمان الغصب .

هـٰذا إذا جرى الغصب في أول المدة .

٥٥٤١ـ فإن قبض [المكتري العينَ][٤] المكتراة ، وبقيت تحت يده زماناً ، ثم جرى الغصب في خلال المدة ، فإن استمر الغصب إلىٰ آخر المدة ، انفسخ العقد في زمان الغصب ، وسقط[٥] قسطُه من الأجرة المسماة ، وللمالك على الغاصب أجر مثل تلك المدة .

وفي الزمان الماضي الذي انقضىٰ في يد المستأجر طريقان : **ذكرناهما** مراراً ـ أن

(١) في الأصل : المرتب .
(٢) في الأصل : الإجارة .
(٣) في (د١) : للمالك .
(٤) سقط ما بين المعقفين من الأصل .
(٥) في (د١) : ويثبت .

الإجارة هل تنفسخ فيها ؟ فإن منعنا الانفساخ في تلك المدة ، ففي ثبوت الخيار في الفسخ فيها كلامٌ مضىٰ في أحكام التفريق ، فإن أثبتنا الخيار للمكتري ، ففسخ في الزمان الماضي ، سقط المسمىٰ ، وغرِم أجرَ مثل ما استوفىٰ من المنفعة ، وإن أجاز العقد ، ولم يثبت الخيار ، استقر عليه من المسمىٰ حصةُ ما استوفىٰ من المنافع .

وقد تمهد أنا كيف نقسط المسمّىٰ علىٰ ما مضىٰ وبقي .

هـٰذا الذي ذكرناه قاعدة المذهب والأصل المعتبر .

٥٥٤٢ـ وذكر **العراقيون** في قاعدة المسألة قولاً : أن العقد لا ينفسخ في زمان الغصب ، بل يثبت للمكتري الخيارُ ، فإن اختار الفسخ في المدة التي مضت في يد الغاصب/ ، فيعود التفريع إلىٰ ما ذكرناه في قاعدة المذهب في الحكم بالانفساخ . ي ١٨١

فإن [أجاز العقد][1] ، اتبع المكتري الغاصبَ بأجر المثل[2] ، وكانت المنافع تالفة في ملكه ، والتزم كمالَ المسمىٰ للمالك المكري ، وعللوا هـٰذا القولَ ، فقالوا : تلفُ المنافع في يد الغاصب ينزل منزلة تلف المبيع في يد البائع ، بإتلاف الأجنبي ، وقد ذكرنا أن إتلاف الأجنبي قبل القبض لا يوجب انفساخ البيع ، ولـٰكن يُثبت للمشتري الخيارَ .

وهـٰذا الذي ذكروه غريبٌ جداً لا يعرفه **المراوزة** ، وإن كان جارياً علىٰ ضربٍ من القياس .

ولـٰكن ما يقتضيه النص وقواعدُ المذهب أن المنفعة إذا استوفيت قهراً ، [بأن][3] استوفاها غاصبٌ ، فإنها تتلف علىٰ ملك مالك الرقبة ، وإنما تثبت أجرةُ المثل للمالك ، فإذا وقع تلفُ المنافع علىٰ ملكهِ ، فلا شك أن العقد ينفسخ فيما تلف علىٰ ملك المكري .

وهـٰذا الذي ذكره **المراوزة** لا يسلّمه **العراقيون**، بل يقيسونه علىٰ إتلاف الأجنبي

---

(١) عبارة الأصل : فإن أجاز المكتري العقد .
(٢) (د١) : بأجر المنافع .
(٣) ساقطة من الأصل .

المبيعَ قبل القبض ، إذا قلنا : لا ينفسخ البيع ، ثم لم يختر المشتري الفسخ ، فإذا لم نحكم بالانفساخ ، ولم يختر الفسخ ، فتلفُ المبيع واقعٌ علىٰ ملك المشتري ، وهو يطالب المتلِفَ بالقيمة ، كذلك القول في المنافع التي تلفت تحت يد الغاصب .

٥٥٤٣ـ وفيما ذكروه فضل نظر : فإن استوفى الغاصب المنفعة ، فانتفاعه بالمنافع ينزل في الشرع منزلة الإتلاف ، فليقع ذلك بمثابة إتلاف الأجنبي المبيع ، وإن تلفت المنافع تحت يد الغاصب ، ولم يوجد من الغاصب انتفاعٌ ،فهـٰذا يناظر ما لو غصب أجنبي العينَ المبيعة قبل قبض المشتري ، ثم تلفت تلك العين في يد الغاصب من غير إتلافه ، وهـٰذا فيه تردد ظاهر : يجوز أن يقال : التلف تحت يده (١ بمثابة إتلافه ، ويجوز أن يقال : التلف تحت يده ١) يوجب انفساخ العقد ، بخلاف[٢] التلف بإتلافه .

فليتأمل الناظر مواقع الكلام .

٥٥٤٤ـ ولا نعرف خلافاً أن المرأة المنكوحة إذا وطئت بالشبهة ، فإنها تستحق مهر المثل على الواطىء ، ولا نقضي بأن الزوج يستحق مهر المثل ؛ مصيراً إلىٰ أن المنافع تتلف علىٰ ملك الزوج . هـٰذا لا يصير إليه أحد من الأئمة ، ثم لا نقول : يسقط عن الزوج قسطٌ من المسمّىٰ بسبب ما جرىٰ ؛ فإن النكاح معقود على التأبيد ، ولا يبين للمنفعة في [اللحظة][٣] التي جرى الوطء فيها قسطٌ من المهر ؛ فإن التوزيع من غير مدة مقدّرة غيرُ ممكن/ وهـٰذا بيّن . وكيف يتوقع هـٰذا والمهر يتقرر على الزوج بوطأة واحدة ، والبدل في الإجارة يتوزع . ١٨١ ش

٥٥٤٥ـ ومما يتعلق بتفصيل المذهب ، والتفريع على الطريقة المشهورة التي لا يعرف **المراوزة** غيرها ، وهي أن المنفعة تتلف في يد الغاصب علىٰ ملك المكري ، فإذا غصب الغاصب الدار المكراةَ ، فالذي يقتضيه ظاهر النص أن الخصومة إلى

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (د١) .

(٢) (د١) : بخلاف إتلافه .

(٣) في الأصل : (الحطه) هـٰكذا بدون نقط .

المكري دون المكتري ، نص عليه **الشافعي** . وعلل في **الأم** ، فقال : « أرأيت لو أقر المكري للغاصب برقبة الدار ، أما كنتُ أقبل إقراره ؟ أرأيت لو أقر به المكتري أكنت أقبل إقراره ؟ » .

أشار إلىٰ أن الملك للمكري ، وبنىٰ عليه حكمَ الإقرار ، ونحن نذكر ما قال الأصحاب في الإقرار في آخر الفصل ، بعد انتظام الكلام فيما نريده .

٥٥٤٦ـ فمن أصحابنا من قال : لا يثبت حق المخاصمة مع الغاصب إلا لمالك الرقبة ؛ فإن الملك في الرقبة له ، والمنافع تتلف أيضاً علىٰ ملكه ، فكان حقُّ المخاصمة ثابتاً له .

ومن أصحابنا من يُثبت للمكتري حق المخاصمة مع الغاصب لأجل المنفعة في مستقبل الزمان ؛ فإنه وإن كان لا يملك الرقبةَ ، فحقه ثابت تحقيقاً في المنفعة ، وحقٌّ على الغاصب أن يرد الدار المغصوبةَ على المستأجر . وإذا وجب[1] عليه في حكم اليد[2] الردُّ على المكتري ، فللمكتري أن يطالبه بما هو واجبٌ عليه .

وهٰذا وجهٌ ذكره **المراوزة** وهو منقاسٌ . [و][3] ظاهر النص ، وما ذهب إليه الجمهور أنه لا يثبت حق المخاصمة للمكتري أصلاً ، وإنما يثبت للمكري ، مالكِ الرقبة ، ومن تمسك بالوجه الذي ذكرناه أوَّلَ النصَّ ، و[قال][4] : أثبت **الشافعي** حقَّ الخصومة في الرقبة للمكري ، والمكتري إنما يخاصم في المنفعة .

٥٥٤٧ـ فإذا تبين ما ذكرناه من مقصود الفصل في حكم الغصب الواقع أولاً ، وفي أثناء المدة ، فنذكر الآن **تفصيلَ القول في إقرار المكري**[5] ، وهو الذي أجراه **الشافعي** في أثناء الكلام ، فنقول :

---

(١) (د١) : أوجب .
(٢) في (د١): في حكم الله تعالىٰ .
(٣) في الأصل : فظاهر .
(٤) سقطت من الأصل .
(٥) في (د١) : المكتري .

إذا أكرىٰ[١] الرجل الدارَ ، وجرى الحكمُ بصحة الإجارة ، ثم إن المكري[٢] أقر بأن الدار مملوكة لفلان ، وأنه أكراها ، ولم يكن له أن يكريها ، فترتيب المذهب في ذلك أنا إن قلنا : يصح بيع الدار المكراة من المكتَري[٣] ، فيقبل إقراره في رقبة الدار ؛ فإن البيعَ إذا كان ينفذ ، فالإقرار أولىٰ بالنفوذ .

وإن قلنا : لا يصح بيع الدار المكراة ، كما لا يصح بيع المرهون ، فإذا أقر المكري برقبة الدار لإنسان ، وزعم أنه اعتدى/ لما أنْ أكرىٰ ملكَ غيره ، ففي قبول إقراره للغير في دوام الإجارة **قولان** ، ذكرهما الأصحاب ، كالقولين فيه إذا رهن عيناً وأقبضها ، ثم أقر بأنها كانت مغصوبة في يده . وقد سبق التفصيل فيه في كتاب الرهن .

١٨٢ ي

ثم قال الأصحاب : إن لم نقبل الإقرار في الرقبة ، فلا كلام .

وإن قبلنا[٤] الإقرار في الرقبة ، فهل يُقبل في المنافع حتى[٥] يبطل حق المستأجر منها ؟ فعلىٰ **ثلاثة أوجه** : **أحدها** ـ أنا لا نقبل الإقرار بالمنفعة ؛ فإنها مستحقةٌ ، ملكاً للمستأجر .

والثاني ـ أنه يقبل في المنافع ؛ فإنه إذا قبل في الرقبة ، فالمنافع تتبع الرقبة .

والوجه الثالث ـ أن الدار إذا غصبها الغاصب من يد المكتري ، وثبتت يده عليها ، فأقر المكري لهـٰذا الذي حسبناه غاصباً ، فنقبل إقراره في الرقبة والمنافع ؛ فإنه أقر في حالةٍ تحدث المنافع فيها علىٰ ملك المكري على الصحيح ، بدليل أن أجرة المثل تكون لمالك الأرض ، لا لمستأجرها .

فإذا جرى الإقرار في حالةٍ لولا الإقرار ، لكانت المنافع تحدث علىٰ ملك

(١) (د١) : اكترىٰ .
(٢) (د١) : المكتري .
(٣) في (د١) : المكري .
(٤) (د١) : وإن قلنا : الإقرار في الرقبة يقبل ؟ هل يقبل . . .
(٥) في (د١) : التي .

[المكتري][1] ، فالإقرار في مثل هـٰذه الحالة [غير][2] مقبول ، وبمثله : لو أقر المكري بالدار لإنسان، وكانت الدار في يد المكتري ، وهو يستوفي ما يراه حقاً له من المنافع ، فلا ينفذ إقرار المكري في هـٰذه الحالة في المنافع ؛ نظراً إلىٰ ثبوت يد المكتري عليها .

هـٰذا بيان اختلاف الأصحاب في ذلك .

٥٥٤٨ـ وعلينا فضل بحث في الفصول[3] ، وذلك أن نقول : وإن منعنا بيع الدار المكراة ، فردُّ إقرار المكري في الرقبة محال ، لا اتجاه له ؛ فإن الرقبة ليست حقاً للمكتري ، وليس كذلك ما [إذا][4] أقر بالرقبة بعد الرهن والإقباض ؛ فإن الإقرار وحقَّ المرتهن يزدحمان على الرقبة ، والإقرارُ في رقبة الدار المكراة لا يزاحِم[5] حقَّ المكتري ؛ فبعُد ردّ الإقرار . نعم ، ردُّ الإقرارِ في المنافع جارٍ علىٰ قياس الباب ، فإنها مستحقة للمكتري ؛ فالوجه تنفيذ الإقرارِ في الرقبة ، وإجراءُ الخلاف في المنفعة .

ثم الخلاف في المنفعة يترتب على القولين في قبول إقرار الراهن في الغصب ، ووجه الترتيب أن إقرار الراهن بالغصب [أصلاً ، يصادم][6] حقَّ المرتهن ، والمنافع تابعةٌ للعين ، وقد يثبت على التبعية ما لا يثبت على الابتداء .

فليفهم الناظر ترتيبَ الكلام علىٰ ما ذكرناه أولاً ، ثم رتبناه آخراً .

٥٥٤٩ـ ومما فرعه الأصحاب في أطراف الفصل أن قالوا : إذا أكرى الرجل الدارَ مدةً معلومة ، ثم إنه لم يسلّم الدارَ إلى المكتري زماناً ، من أول المدة ، فالإجارة

---

(١) في النسختين : المكري . والمثبت تقدير منا لاستقامة العبارة .

(٢) زيادة اقتضاها السياق ، كما سيتضح من المثال الآتي . والمراد : غير مقبولٍ في المنافع . ولولا هـٰذه الزيادة (غير) لكان في الكلام تناقضاً ، ثم لم يكن هناك فرق بين الوجه الثاني والوجه الثالث .
وراجع الأوجه الثلاثة عند الرافعي في الشرح الكبير : ٦/ ١٧٢ .

(٣) (د١) : فضل نظر في الفصل .

(٤) ساقطة من الأصل .

(٥) (د١) : يزاحمه .

(٦) في الأصل : أصل يصادر .

تنفسخ في زمان المنع/ ، وإن كنا نعذر المكري إذا كان يحبس الدارَ لتتوفّر المنفعة ١٨٢ ش بالأجرة عليه[١] .

ثم إذا انفسخت الإجارة في تلك المدة ، فالقول في انفساخها في بقية المدة يخرّج على الترتيب الذي مهدناه . هـٰذا طريقة المراوزة .

٥٥٥٠ـ وإذا فرع العراقيون على الوجه الذي انفردوا بحكايته ، فإنهم يقولون : لو غصب غاصبٌ الدار مدةً ، كان ما فات من المنافع تحت يده بمثابة المبيع إذا أتلفه الأجنبي ، فإذا فاتت المنافع في يد البائع ، فهو خارج علىٰ أن البائع إذا أتلف المبيع ، فإتلافه كآفة سماوية ، أو هو بمثابة إتلاف الأجنبي المبيع ؟ ثم لا يخفى التفريع في ذلك .

وهـٰذا قول مهجور لا تفريع عليه .

وقد نجز ما طلبناه من تحقيق مضمون الفصل .

٥٥٥١ـ ثم ذكر المزني فصولاً متقرّرة في مواضعها ، منها استئجار الأرض من أراضي الخراج . والقولُ في الخراج ، وضربِه ، وكيفيته مذكور في موضعه ، ثم تعرض لأصلٍ ليس من غرضنا في هـٰذا الكتاب ، فقال : العشر يجب علىٰ مالك الزرع في الأرض الخراجية ، وكذلك العشر في الزرع الحاصل [للمكتري][٢] على المكتري[٣] ، [٤] فإنه مالك الغلّة [٤] والعشر يتبع الغلّة ، وقد ذكرنا تفصيل ذلك في باب العشر من كتاب الزكاة .

ثم أعاد المزني فصلاً من الاختلاف بين رب الأرض والمنتفع بها ، بأن[٥] قال المالك : أكريتكها ، وقال الزارع : بل أعرتنيها ، وهـٰذا فصل أجرينا تأصيله

---

(١) عبارة (د١) : لتتوفر المنفعة عليه .
(٢) في الأصل : المكري .
(٣) من وضع الظاهر موضع الضمير ، أي (عليه) . وهي في (د١) : المكري ، وهو تصحيف ظاهر .
(٤) ساقط من (د١) .
(٥) (د١) : فإذا .

وتفصيله ، علىٰ أبلغ وجهٍ في البيان ، في كتاب العاريّة ، فليطلبها الناظر من موضعها .

وقد نجزت مسائل الكتاب ، ونحن نرسم بعدها فروعاً شذت عن ضبط الأصول .

فرع لابن الحداد :.

٥٥٥٢ـ إذا اكترىٰ رجلٌ داراً ، ثم اشترىٰ تلك الدارَ في خلال المدة ، فلا خلاف في صحة البيع ، وإن [منعنا بيع المكرَى][1] من غير المكتري . ثم إذا اشترى المكتري ، فهل تنفسخ الإجارة؟ في المسألة **وجهان مشهوران** : **أحدهما ـ** وهو الذي اختاره **ابن الحداد** أن الإجارة تنفسخ ؛ فإن ملك الرقبة واستحقاق المنفعة لا يجتمعان ، كما لو اشترى الزوج زوجته ؛ فإن النكاح ينفسخ ، لا خلاف فيه .

والثاني ـ لا تنفسخ الإجارة ، وهو الذي صححه معظم الأصحاب .

٥٥٥٣ـ فإن قلنا : لا تنفسخ الإجارة ، فمن التفريع علىٰ ذلك أنه لو اطلع علىٰ عيبٍ بالدار يثبت به حقُّ ردّ المبيع ، ولا يثبت به حق فسخ الإجارة ؛ من جهة أنه يؤثر في نقصان المالية ، ولا يؤثر في نقصان المنفعة ، فإذا فسخ البيعَ بالرد/ بالعيب ، بقيت الدار في يد المكتري بحكم الإجارة التي حكمنا ببقائها . ي ١٨٣

وإن قلنا : تنفسخ الإجارة ، فهل يسترد المشتري قسطاً من الأجرة في مقابلة بقية المدة ؟ **فعلىٰ وجهين** : **أحدهما ـ** أنه يسترد قسطاً من الأجرة ، وهو القياس ؛ لأن الإجارة إذا انفسخت ، فحكم انفساخها ارتداد الأجرة .

والوجه الثاني ـ أنه لا يسترد شيئاً وهو اختيار **ابن الحداد** . ووجهه أنه لما اشترىٰ ، فقد تسبب إلىٰ ما يتضمن انفساخَ الإجارة ، ومن تسبب إلىٰ رفع عقدٍ ، لم[2] يثبت له حق الرجوع إلىٰ عوضه .

وهـٰذا ضعيفٌ لا ثبات له ، وقد أوضحنا ما يفسده في أول الكتاب .

٥٥٥٤ـ ثم إذا حكمنا بانفساخ الإجارة ، وقد صح الشراء ، فهل تُردّ الدار إلى

---

(١) عبارة الأصل : وإن منعناه بيع المكراة .

(٢) (د١) : فلا يثبت .

البائع ، حتىٰ ينتفع بها ، في [بقية][١] المدة ؟ فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما** ـ أنه يردها عليه ، **والأصح** أنه لا يردّها ، والمنافع تحدث علىٰ ملك المشتري بعد انفساخ الإجارة .

٥٥٥٥ـ وهـٰذا الخلاف يناظر ما قدمناه فيه إذا باع المكري الدارَ من غير المكتري ، وقلنا بصحة العقد ، فلو فُسخت الإجارة بسببٍ من الأسباب ، وقد بقيت بقيةٌ من المدة ، فالدار تسلم إلى البائع المكري لينتفع بها في بقية المدة ، أم تبقىٰ في يد المشتري ؟ فعلىٰ **وجهين** : وحقيقتهما[٢] أنّا في وجهٍ نعتقد أن المنافع ـ بعد انفساخ الإجارة ـ تحدث علىٰ ملك المشتري ، وفي وجهٍ نعتقد أن منافع الإجارة مستثناة من استحقاق المشتري ، فإذا انفسخت الإجارة، ارتدت المنافعِ في بقية المدة إلى البائع ، وهي خارجة عن استحقاق المشتري .

٥٥٥٦ـ ثم ما قدمناه من الوجهين في أن المكتري إذا اشترى الدارَ التي اكتراها ، وحكمنا بانفساخ الإجارة هل يسترد شيئاً من الأجرة ؟ إذا أردنا جمعه إلى الخلاف في أن المنافع هل ترتد إلى البائع ؟ قلنا : سواء حكمنا بأنه يسترد قسطاً من الأجرة ، أو قلنا : لا يستردّ ، فالخلاف جارٍ في ارتداد المنفعة إلى البائع ، ولا تعلّق لأحد الخلافين بالثاني .

فليفهم الناظر ذلك ؛ فإن سبب الخلاف في ارتداد المنافع إلى البائع أنا نتخيل كونَ منافع الإجارة مستثناة عن استحقاق المشتري في وجهٍ ، وأما سقوط الرجوع بقسطه من المسمّىٰ علىٰ وجهٍ[٣] ، فسببه انتساب المشتري إلىٰ جلب الملك ، وهو السبب الفاسخ .

فليفهم الناظر ما ذكرناه ، وليميز الأصل عن الأصل ، حتىٰ يتضح له أن الخلاف في أحدهما لا يتفرع على الخلاف في الثاني .

---

(١) في الأصل : غير مقروءة ، فقد رسمت هـٰكذا : (بينة) . والمثبت من (د١).
(٢) في (د١) : أحدهما أن في وجهٍ. . .
(٣) (د١) : علىٰ وجهه .

ش ١٨٣ **٥٥٥٧ـ** وكان **شيخي** يقول : إذا حكمنا بارتداد المنافع/ إلى البائع في بقية المدة ، استرد المشتري قسطاً من الأجرة وجهاً واحداً . وإن قلنا : لا ترتد المنافع إلى البائع في بقية المدة ، فهل يسترد المشتري قسطاً من الأجرة ؟ فعلىٰ **وجهين** .

وهٰذا ليس وراءه تحصيل ، والأصل ما قدمناه .

٥٥٥٨ـ ثم قال **ابن الحداد** : إذا ملك المكتري رقبة الدار عن جهة الإرث ، فالإجارة تنفسخ ، وهٰذا جوابٌ منه علىٰ أحد الوجهين . ثم قال : إذا حكمنا بانفساخها ، فالمكتري يرجع بأجرة بقية المدة ، وليس كما لو اشترىٰ . وفرّق بأنه إذا اشترىٰ ، فقد نُسِبَ[١] إلىٰ تحصيل سبب الفسخ ، [وإذا][٢] ورث ، فالانفساخ حصل من غير سببٍ[٣] من جهته .

ولم يرض الأصحابُ هٰذا الفرقَ ، ورأَوْا تنزيلَ الملك الحاصل بالإرث منزلةَ تحصيل الملك الحاصل بالشراء ، وقد ذكرت توجيهَ هٰذا ، والردَّ علىٰ **ابن الحداد** ، في فرقه في أول الكتاب .

٥٥٥٩ـ ثم ذكر **ابن الحداد** أن من أكرىٰ داراً ، ثم إن المالك المكري اكترىٰ من المكتري تلك الدار ، فالإجارة ، تصح ، وهٰذه المسألة فيها **وجهان** ذكرهما الأصحاب ، كالوجهين في أن المكتري إذا اشترى الدار المكراة هل تنفسخ الإجارة ؟ والوجهان جاريان مهما حصل الملك في رقبة الدار للمكتري ، فإذا اكترى المكري ، فالملك في الرقبة ثابت [له][٤] فإذا أراد الاكتراء ، مع ثبوت الملك في الرقبة ، اطرد الخلاف ، فالذي ذكره **ابن الحداد** ، تناقضٌ بيّنٌ في التفريع ؛ من جهة أنه اختار انفساخَ الإجارة إذا ملك المكتري رقبة الدار المكتراة ، ثم جوز من المكري أن يكتري من

---

(١) (د١) : تسبب .
(٢) في الأصل : فإذا .
(٣) (د١) : تسبب .
(٤) ساقطة من الأصل .

المكتري وإن كان يتضمن ذلك اجتماعَ الإجارة وملكَ الرقبة في حق شخصٍ واحد ، وهـٰذا ظاهر في التناقض .

وأراد بعضُ أصحابنا الانتصار **لابن الحداد** ، وتصويبَه في تصحيح الاكتراء من المكتري ، مع مصيره إلىٰ أن الإجارة تنفسخ إذا طرأ عليها حصول الملك في الرقبة للمكتري ، وهـٰذا[١] لا ينتظم قط . وإن تخيّل متخيلٌ شيئاً ، لم يصبر على السبر .

فَرْعٌ : **٥٥٦٠ـ** قد تمهد أن الرجل إذا اكترىٰ دابة معينة ، وعيّن لركوبها عبداً من العبيد ، فلو أراد أن يُركب عبداً آخر مثلَه ، جاز له ذلك ، إذا كان الثاني في مثل حال الأول ، وهو كما لو اكترىٰ أرضاً ليزرعها قمحاً ، فزرعها شعيراً ، ويخرج من ذلك أنه لو تلف ذلك العبد المعيّن والإجارة واردة علىٰ عين الدابة ، لم تنفسخ الإجارة ، ولـٰكن يبدل [المستأجر][٢] بعبد آخر ؛ فإن لم يفعل ، والدابة[٣] في يده ، فانقضت المدة التي تسع مقصود الإجارة ، فقد استقرت عليه الأجرة ، وهو الذي / عطل حق نفسه . ١٨٤ ي

وبمثله ما لو اكترىٰ دابة في الذمة من غير تعيين ، وشرط أن يُركبها عبداً عيّنه ، فلو تلف ذلك العبد المعيّن ، فهل تنفسخ الإجارة ؟

ما صار إليه **ابن الحداد** أن الإجارة تنفسخ في هـٰذه الصورة ؛ فإنه لم يتعيّن في المعاملة إلا العبد المعيّن ، فهو متعلَّقُ العقد ، فإذا فات[٤] مَنْ تعلق به [تعيُّنُ العقد][٥] ، انفسخ ، ونزل في هـٰذه الصورة منزلةَ تلف الدابة المعيّنة في الإجارة الواردة علىٰ عين الدابة .

٥٥٦١ـ ونصُّ **الشافعي** يدلّ علىٰ ذلك في كتاب الصداق ؛ فإنه قال : « لو أصدق امرأته خياطةَ ثوبٍ معين ، ثم تلف ذلك الثوب ، فالرجوع إلىٰ مهر المثل » ، ولولا أنه

---

(١) (د١) : ولا ينتظم ذلك قط .
(٢) في الأصل : المستأجرة .
(٣) في الأصل : والدابة والدار في يده .
(٤) (د١) : مات ، والمعنى واحد.
(٥) في الأصل : نفس العبد .

حكم بانفساخ العقد الوارد على المنافع ، وإلا كان يقول : تأتي المرأة بثوبٍ آخر ليخيطه ، فالرجوع إلىٰ مهر المثل تصريحٌ بارتفاع[1] استحقاق المنافع .

٥٥٦٢ـ ومن أصحابنا من قال : إذا تلف العبد المعين للركوب في الإجارة الواردة على الذمة ، لم تنفسخ الإجارة ، ويأتي المستأجر بعبدٍ آخر . وهـٰذا متجه في القياس ؛ فإن العبد إذا كان لا يتعين في الإجارة الواردة على العين ، وجب ألا يَتعين في الإجارة الواردة على الذمة .

قال **الشيخ**[2] : وهـٰذا القائل يقول في مسألة الصداق : المرأة تأتي بثوبٍ آخر ليخيطه الزوج ، ولا رجوع إلىٰ مهر المثل . وقد قدمنا نوعاً من الكلام ، وبالغنا في تفصيله ، وفرضناه في الإجارة الواردة على العين ، وأجرينا فيه الخلاف . وذلك أنا قلنا : لو استأجر رجلاً ليخيط له ثوباً، ولم يرض خياطةَ غيرِ من عيّنه ، وعيّن الثوبَ، فلو تلف ذلك الثوب ، فهل تنفسخ الإجارة؟ فيه خلافٌ قدمته ، ومستنده أنه لو لم يأت بثوب ، وسلّم الأجيرُ نفسَه ، فهل تتقرر الأجرة بتسليم الأجير نفسَه ، وهو حرّ ؟ فيه خلافٌ قدمتُه .

فليفصل الفاصل بين النوع الذي أجريت الخلاف[3] فيه قبلُ ، وبين ما ذكرناه الآن ؛ فإن سبب الخلاف فيما ذكرناه الآن تعلّقُ الإجارة بالذمة ، مع ارتباطها بتعيين عينٍ فيها ، كتعيين العبد للركوب ، وتعيين الثوب للخياطة .

فَرْعٌ : ٥٥٦٣ـ ذكر صاحب التقريب وجهين في أن الأب هل يجوز له إجارةُ ابنه الطفل ؟ **أحدهما ـ** أنه يجوز له ذلك ، علىٰ شرط النظر ، وهو الذي قطع به الأصحاب .

والثاني ـ لا يصح ؛ لأن في إجارته امتهانه ، وإذلاله . وهـٰذا لا يعادل ما يحصل

---

(١) (د١) : بانتفاء .

(٢) الشيخ : المراد به الشيخ أبو علي السنجي ، وقد أشرنا إلى ذلك في أجزاء سابقة .

(٣) (د١) : القول .

بإجارته ، فإن صححنا الإجارة ، فاتفق بلوغه في أثناء المدة ، فقد ذكرنا **وجهين** في أن الإجارة هل تنفسخ في بقية المدة ؟

فإن حكمنا بأنها تنفسخ ، فلا كلام .

وإن حكمنا بأنها لا تنفسخ ، فهل يثبت له الخيار إذا بلغ ؟ **فعلىٰ وجهين** .

ثم إن حكمنا بأن الإجارة تنفسخ ، أو قلنا يثبت الخيار ، ولا تنفسخ ، فلو أجر الأب/ عيناً من أعيان ملك الطفل ، فبلغ الطفل ، فهل تنفسخ الإجارة المعقودة علىٰ تلك العين ؟ فعلىٰ **وجهين** . ١٨٤ ش

ولو فرعنا علىٰ أن الإجارة الواردة علىٰ عين الصبي لا تنفسخ ، وقلنا : يثبت له الخيار ، فهل يثبت الخيار في الإجارة المعقودة علىٰ ملكه ؟ فعلىٰ **وجهين** .

والإجارة على الملك أبعد من الفسخ والانفساخ ، والسبب فيه أنها عقدٌ وردت علىٰ قضية المصلحة علىٰ مال الطفل ، في حال اطراد الولاية ، وليس في إدامته حجرٌ علىٰ بدن الصبي بعد بلوغه واستقلاله ، والمحذور في الإجارة الواردة علىٰ عينه أن يبقىٰ بعد استقلاله مصرفاً للمستأجر ، وهـٰذا مفقود في الأموال[(١)] .

٥٥٦٤ـ وكل ذلك فيه إذا كان البلوغ طارئاً بالاحتلام ، فأما إذا كان البلوغ بالسن ، فقد وقعت الإجارة بحيث يصادف [بعضُها][(٢)] ما وراء البلوغ ، وقد ذكرنا امتناع ذلك في أول الكتاب ، وربطنا به ما يليق به .

فَرْعٌ : **٥٥٦٥ـ** إذا قال لإنسان : اشتر لي العبدَ الذي لفلان ، ولك عليَّ درهم ، أو قال : بع عبدي هـٰذا ، ولك كذا ، فإن كان عملُ ذلك المستعمَلِ مضبوطاً ، فالذي جرىٰ إجارةٌ ، وإن كان عملُه لا ينضبط ، ويحتاج إلىٰ ترددات خارجةٍ عن الضبط ، وقد تقل وقد تكثر ، فالذي جرىٰ جعالة ، وسنذكر أصل الجعالة وتفصيلها في آخر كتاب اللقطة ، إن شاء الله عز وجل .

* * *

(١) (د١) : في الإجارة في ماله .

(٢) زيادة من (د١) .

كتاب إحياء الموات[(١)]

قال الشافعي رحمه الله : « بلاد المسلمين شيئان عَامرٌ وموات . . . إلىٰ آخره »[(٢)] .

٥٥٦٦ـ الأصل في الكتاب السنة والإجماع . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « **من أحيا أرضاً ميتةً ، فهي له** »[(٣)] . وقال صلى الله عليه وسلم : « **مَوتان[(٤)] الأرض لله ، ولرسوله، ثم هي لكم مني أيها المسلمون** »[(٥)] . وأجمع المسلمون على الأصل ، وإن اختلفوا في التفاصيل .

٥٥٦٧ـ ثم ابتدأ **الشافعي** ، فقسم الأراضي، وعبر عنها بالبلاد علىٰ دأب العرب ، وأراد بالبلاد الأراضي .

والتقسيم الجامع فيها أن نقول : الأراضي تنقسم إلىٰ أراضي بلاد الإسلام وإلىٰ أراضي بلاد الكفر ، فأما أراضي بلاد الإسلام تنقسم[(٦)] إلىٰ عامر وغامر ، فالعامر لأهله ، وكذلك حقوق الأراضي ، وسأجمع إن شاء الله قولاً شافياً في حقوق الأملاك .

---

(١) من هنا صار العمل يعتمد علىٰ ثلاث نسخ ، نسخة الأصل (د٢) مع نسخة (د١) وزاد عليهما نسخة (ت٣) .

(٢) ر . المختصر : ٣/ ١٠٢ .

(٣) حديث : «من أحيا أرضاً ميتة. . .» أخرجه البيهقي : ٦/ ١٤٧ ، ١٤٨ ، وهو عند أبي داود بمعناه : باب إقطاع الأرضين، ح ٣٠٧١ ، وانظر التلخيص : ٣/ ١٣٩ ح ١٣٢٧ .

(٤) موتان : بفتح الميم والواو .

(٥) حديث : «موتان الأرض لله ورسوله. . .» عند الشافعي في الأم : ٤/ ٥٤ ، بلفظ : « عادي الأرض » وعند البيهقي بهـٰذا اللفظ : ٦/ ١٤٣ .

وقد نبه الحافظ أن قوله : « أيها المسلمون » مدرج ، وليس في شيء من طرق الحديث . انظر التلخيص : ٣/ ١٣٨ ح ١٣٢٥ .

(٦) جواب (أما) بدون الفاء ، كدأب إمام الحرمين في أحيان كثيرة .

وأما الغامر ، فقسمان ، قسمٌ لم يجرِ عليه ملكٌ في الجاهلية والإسلام ، وهو المَوَات الذي يُملك بالإحياء . وغرض الباب بيان أحكامه، إن شاء الله عز وجل .

وقسم جرىٰ عليه ملكٌ ، وذلك ينقسم : قسمٌ جرىٰ عليه ملك ، ثم درست العمارة ، فهو ملكٌ لمالكه ، والأملاك لا تزول بزوال العمارات .

فإن كان مالكه متعيّناً ، لم يخف حكمه .

وإن تطاول الزمن ، وأشكل المالك في فترات [وانجلىٰ لأهل][1] النواحي ، فهو ملك لمسلم غير متعيّن ، والأمر فيه مفوّض إلىٰ رأي الإمام ، فإن رأىٰ أن يحفظه ليتبيّن مالكه ، أو وارثه ، فَعَلَ ، وإن رأىٰ أن يبيعه ، و/ يحفظ ثمنه علىٰ مالكه ، فيفعل من ذلك ما يرى النظر فيه . ثم إن أراد أن يستقرض ذلك علىٰ بيت المال ، فله ذلك . ي ١٨٥

ولعلنا نستقصي ما يتعلّق بالفقه من أحكام الإيالة في موضعٍ نوفق له، إن شاء الله تعالىٰ، وأراه لائقاً بأدب القضاء .

هـٰذا إذا كانت الأرض ملكاً للمسلمين ، فدرست عمارتها، وغاب ملاكها .

٥٥٦٨ـ فأما إذا كان على الأرض عمارة جاهلية ، وقد خفي الأمر، ولم يدر كيف جرى استيلاء المسلمين عليها ؟ فإذا استبهم كما وصفناه ، ففي تملكه بالإحياء **قولان** منصوصان للشافعي : **أحدهما** ـ أنها تملك كما يملك ركازُهم ، وإن لم يُدر كيف الاستيلاء ، فإن آثارهم القديمة لا معوّل عليها ، ولا حُرمة لها .

والقول الثاني ـ لا تملك بالإحياء ؛ فإنها ليست مواتاً ، بل قد جرى الملك عليها ، والموات هو الذي لم يجر عليها[2] ملك قط . وهـٰذا القائل ينفصل عن الركاز ، ويقول : هو عرضةُ الضياع ، فلو لم يأخذه أول واجدٍ ، لأخذه غيره . ونحن نرىٰ تمليك الملتقط اللقطة ، وإن علمناها لمسلم ، لقربت مما ذكرناه ، كما سيأتي مشروحاً، إن شاء الله تعالىٰ .

---

(١) في الأصل : في فترات وأهل النواحي . والعبارة على الحالين قلقة . ولعلّ المعنىٰ : « وأشكل معرفة المالك في فترات ، وانجلىٰ لأهل النواحي في فترات » والله أعلم .

(٢) كذا في النسختين بضمير المؤنث، وهو صحيح على تأويل «الأرض» مثلاً .

فأما الأرض ، فلا نخشىٰ فواتَها ، ولا نتوقع الاستزلال[١] فيها .

ثم من لم ير إحياءها[٢] ، فإن أمكن معرفة كيفية الاستيلاء ، أحدثنا الحكمَ علىٰ مقتضاه ، فإن كان الاستيلاء عَنوة ، سُلك بالأرض مسلك المغانم ، ثم حصة الغانمين تلتحق بملك المسلم الذي لا يُدرىٰ ، وسبيله سبيل الضوالّ . وإن عرفنا أن الاستيلاء من غير إيجاف خيلٍ وركاب ، فسبيله سبيل الفيء ، وإن أشكل الأمر ، لم يخرج عن ملكٍ جُهل مالكه سواء كان من الغانمين أو من المرتزقة .

والذي أراه في ذلك أنه إذا كان إدراك كيفية الاستيلاء ممكناً ، فلا يلتحق هٰذا بصورة القولين ، وإنما القولان فيه إذا عرفنا أن العمارة جاهلية ، وأشكل علينا دخولُها تحت أيدينا .

٥٥٦٩ـ وذكر **الشيخ أبو علي** أن العمارة إذا تقادمت ، وانتهت إلىٰ عصر عادٍ وثمود ، في الأمم السالفة ، فلا حكم لها ، وهي ملتحقة بالموات قولاً واحداً ، واحتُج عليه بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم ، أنه قال : « **عادي**[٣] **الأرض لله ولرسوله ، ثم هي لكم مني أيها المسلمون** » ، فعلىٰ طريقه[٤] لو تفاحش التقدّم والتقادم ، فلا حكم له[٥] ، وقد أوضحتُ أن العمارة الجاهلية إذا قربت ، وأمكن استدراك كيفية الاستيلاء من التواريخ ، فيتعين الحكم بما يظهر في ذلك . وإن استبهم الأمرُ فيخرّج القولان حينئذٍ ، ولعل المرعي في التقدم الذي ذكره **الشيخ** أن يكون بحيث لا ينتهي إليه ضبطُ ناقلٍ ، إلا علىٰ إجمال .

وما ذكره ليس متفقاً عليه . ومعظم الأصحاب علىٰ مخالفته ، والمصيرِ/ إلىٰ طرد القولين ، مهما رأينا عمارة جاهلية . ١٨٥ ش

---

(١) الاستزلال : بهٰذا الرسم تماماً في النسخ الثلاث ، ولعلها بمعنى الأخذ والاستيلاء . من : زلّ يزلّ من باب ضرب إذا أخذ ، أو هي بمعنى الخطأ والانحراف ، علىٰ نحو قوله سبحانه : ﴿ إِنَّمَا ٱسْتَزَلَّهُمُ ٱلشَّيْطَٰنُ ﴾ [آل عمران : ١٥٥] أي استدرجهم إلى الزلل . (المعجم ، والمصباح) .

(٢) عبارة (د١) ، (ت٣) : ثم من أحياها .

(٣) هٰذه الرواية بلفظ (عادي الأرض) هي لذات الحديث الذي تقدم آنفاً .

(٤) (د١) : قوله .

(٥) «له» الضمير يعود على الإحياء .

وإذا لم نر أثرَ عمارة أصلاً ، وقلنا : إنه الموات الذي يُملك بالإحياء ، فلسنا نشترط فيما ذكرناه في ذلك العِلْمَ والدرْك الحقيقي ؛ فإنا لا نبعد أن ذلك الذي نقدّره مواتاً كان مملوكاً قبلُ ، ولـٰكن يكفي ألا نرىٰ أثرَ عمارةٍ ، ولا نراه من حقوق[1] موضعِ أثرِ عمارة الإسلام ، ولا نعلم أنه كان عامراً فدرست عمارته بسبب من الأسباب ، وإنما نُجري أحكام الأملاك دواماً وابتداء على الظواهر ، ولا يتصور مُدرَك القطع فيها .

هـٰذا بيان أراضي بلاد الإسلام في غرضنا المتعلق بالتقسيم .

٥٥٧٠ـ فأما أراضي بلاد الشرك ، فإنها تنقسم إلىٰ عَامرٍ ، وموات . فأما العامر فملك الكفار ، وإن استولينا عليها قهراً، كانت غنيمة ، وإن انجلَوْا عنها مرعوبين من غير قتال ، فهو فيْءٌ إذا ثبتت الأيدي عليها .

فأما الموات في دار الحرب ، **فقسمان** : قسم كانوا يذبّون عنه ، ويحامون ، وقسم لا يذبون عنه .

فأما ما كانوا يذبون عنه ، فإن استولينا علىٰ ديارهم ، نُظر : فإن جرى الاستيلاء عَنوة عن قتال واقتهار ، فكل من له حقٌّ في المغنم يصير فيه بمثابة المتحجّر ، وسنذكر أن من يحجِّر موضعاً ليُحييه ، فهو أولىٰ به .

وإن كان الاستيلاء من غير قتالٍ ، فأهل الفيء في ذلك الموات بمثابة المتحجرين ، كما ذكرنا . وسيأتي بيان التحجُّر ، ومعناه ، وحكمه .

وإن كانوا لا يذبّون عن ذلك الموات ، فهو مما يشترك فيه كل محيي ، فإن أحياه مسلم ، ملكه ، وإن أحياه كافرٌ ملكه ؛ فإنه ليس من بلاد الإسلام ، حتىٰ يمتنع إحياؤه على الكفار ، كما سنذكره من بعد .

٥٥٧١ـ ومما يتعلق بذلك أنا إذا قررنا طائفةً من الكفار علىٰ بلدةٍ لهم صُلحاً ، ووضعنا الأمر علىٰ ألاَّ نتعرّض لديارهم ويقبلوا الجزية ، فإذا كان ببلدتهم مواتٌ ، وكانوا يذبّون عنه ، كما قدّمنا وصفه ، فليس للمسلمين إحياء مواتهم ، كما ليس

---

(١) عبارة (د١) ، (ت٣) : من حقوق موضعٍ عليه أثر عمارة الإسلام .

للكفار إحياءُ موات بلاد الإسلام ؛ فإن موات بلدتهم منسوبٌ إليها ، كما أن موات بلاد الإسلام منسوب إلىٰ بلاد الإسلام .

وليس هـٰذا الذي ذكرناه علىٰ حد التحجّر ؛ فإن التحجر لا يُثبت حكماً دائماً ، ومن تحجر ثم توانىٰ ، بطل حقُّه ، والاختصاصُ الذي ذكرناه دائمٌ للكفار في البلدة المختصة بهم ، وللمسلمين في موات بلاد الإسلام ، ثم الموات الذي يملك بالإحياء في بلاد المسلمين يختص به المسلمون، فلا يملكه أهل الذمة إذا أحْيَوْه، خلافاً **لأبي حنيفة**[1] .

٥٥٧٢ـ ولا يتوقف حصول الملك بالإحياء للمسلم علىٰ إذن الإمام وإقطاعه، خلافاً **لأبي حنيفة**[2] .

٥٥٧٣ـ ثم قد كثرت غلطات **المزني** في هـٰذا الكتاب ، وبلغت مبلغاً لا يليق بمنصبه ، ولا محمل لها عندي إلا شيء واحد ، وهو أنه أحاط بفقه المسائل/ وأتىٰ به علىٰ وجهه ، وصادف في الكتاب ألفاظاً قليلةَ الجدوىٰ في الفقه ، فلعله انتسخها من نسخة ، فوقع فيها بعض الزلل ، والخللُ يتطرق إلى اعتماد النسخ[3] ، فممّا أُخذ عليه أنه قال : « والموات الثاني ما لم يملكه أحد في الإسلام يُعرف ، فإذا لم يملكه ، فهو الموات الذي قال رسول الله صلى الله عليه وسلم »[4] .

١٨٦ ي

وهـٰذا فيه خلل ؛ لأنه جعل قوله: «إذا لم يملك» تكراراً لما سبق من قوله : « والموات الثاني ما لم يملكه » [فجعلهما][5] شيئاً واحداً . وإنما قال **الشافعي** : « أو

---

(١) ر . البدائع : ٦/ ١٩٥ ، حاشية ابن عابدين ٥/ ٢٧٧ ، الاختيار ٣/ ٦٦ ، تكملة فتح القدير : ٩/ ٥ .
(٢) ر . البدائع : ٦/ ١٩٤ ، حاشية ابن عابدين : ٥/٢٧٨ ، الاختيار : ٣/٦٦، تكملة فتح القدير : ٩/ ٣ .
(٣) (د١) ، (ت٣) : والنسخ .
(٤) عبارة المزني بتمامها : « والموات شيآن : موات ما قد كان عامراً لأهله ، معروفاً في الإسلام ، ثم ذهبت عمارته ، فصار مواتاً ، فذلك كالعامر لأهله ، لا يملك إلا بإذنهم .
والموات الثاني ـ ما لم يملكه أحد في الإسلام يعرف ؛ ولا عمارة ملك في الجاهلية ، إذا لم يملك . فذلك الذي قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من أحيا أرضاً ميتة فهي له » المختصر : ٣/ ١٠٢ .
(٥) في الأصل : ويجعلهما .

لم يُملك ، فهو الموات » ، فجعل المواتَ الذي يملك بالإحياء قسمين : **أحدهما** ـ لم يملكه أحد في الإسلام يعرف ، وليس عليه عمارة في الجاهلية ، **والثاني** ـ ما عليه عمارة في الجاهلية ، فجعل **المزني** القسمين قسماً واحداً .

فصل

قال : « وسواء كان إلىٰ جنب قرية عامرة ، أو نهر . . . إلىٰ آخره »[١] .

٥٥٧٤ـ قصدَ **الشافعي** بذلك الردَّ علىٰ **أبي حنيفة**[٢] ، حيث قال : « الموات الذي بقرب العمران [لا يملكه][٣] غير ملاّك العمران بالإحياء ، ومالك العمران أحق بقدر صَيْحته[٤] منه في كل جانب » .

٥٥٧٥ـ فأما عندنا ، فالموات القريب من العمران والبعيد سواء ، إذا لم يكن من حريم العمران وفِنائه ، والحقوق المعدودة من حقوق الأملاك : كمسيل الماء ، ومناخ الإبل ، ومراح الغنم، ومتحدّث النادي، وملعب الصبيان ، وسأجمع حقوقَ الأملاك في فصل ـ إن شاء الله تعالىٰ ـ وهو من أهم مقاصد الكتاب .

٥٥٧٦ـ والغرض الآن أن ما لا يتعلق بحقوق الأملاك من الموات يملكه من يبتدره بالإحياء . واحتج **الشافعي** عليه بأنه صلى الله عليه وسلم أقطع ابن مسعود موضعاً يقال له : «دور» وكان بين ظهراني عمارة الأنصار ، فجاءه حيٌّ من بني زهرة يقال لهم : بنو عبد بن زهرة، فقالوا : نَكِّب عنّا ابنَ أم عبد ، قال صلى الله عليه وسلم : « **فلم ابتعثني اللهُ إذاً ، إن الله لا يقدس أمةً لا يؤخذ للضعيف فيهم حقُّه** »[٥] . وأراد حقَّ

---

(١) ر . المختصر : ٣/ ١٠٣ .

(٢) ر . مختصر الطحاوي: ١٣٤ ، البدائع : ٦/ ١٩٤ ، تكملة فتح القدير : ٩/ ٢ .

(٣) في النسخ الثلاث : يملك .

(٤) (د١) : حصته . وعبارة الإمام في الدرّة « بقدر مدىٰ صوته » مما يؤكد صحة نسخة الأصل ، ومعها (ت٣) .

(٥) حديث إقطاع النبي صلى الله عليه وسلم لابن مسعود رواه الشافعي في الأم: ٣ / ٢٦٨، ٢٧٣، ومن طريقه البيهقي : ٦/ ١٤٥ ، قال الحافظ: وهو مرسل، ووصله الطبراني في الكبير : ١٠/ ٢٧٤، ح ١٠٥٣٤ .(التلخيص: ٣/ ١٤٠ ح ١٣٣٠).

الإكرام والتعظيم ، وأبان أنه ضعيف في جسده ، حقيقٌ بأن يعظم حقُّه ، لمقامه في العلم والدين ، والحق نوعان حقٌّ واجب ، يُقضىٰ ويقتضىٰ[١] ، وحق تقديم وتفضيل .

٥٥٧٧ـ وغلط **المزني** ، فقال : فجاء حيٌّ من بني عُذْرة[٢] ، وهـٰذا غلط ؛ لأن عبدَ بن زهرة ، لم يكونوا من بني عُذْرة ، وإنما هم من قريش ، وهم رهط عبد الرحمـٰن بن عوف .

وغلط **المزني** غلطاً آخر ، حيث قال : « وإن ذلك لأهل العامر » . **والشافعي** قال : وليس ذلك لأهل العامر .

وغلط بعد هـٰذا غلطاً آخر ، فقال : « والموات الذي للسلطان » ، واقتصر علىٰ هـٰذا ، وهـٰذا كلام يستدعي جواباً ، **والشافعي** قال : «والموات الذي للسلطان أن يقطعه كذا وكذا»[٣] .

فصل

قال : « والذي عرفناه نصاً ودليلاً عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه حمى النقيع[٤] ، وهو بلد ليس بالواسع . . . إلىٰ آخره »[٥] .

٥٥٧٨ـ مضمون الفصل الحمىٰ ، وتصويره : أن يحمي الإمامُ ناحيةً ، مرعىً لإبل المصالح ، ويَمنع نَعَمَ العامة عنه/ . وقد صح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حمىٰ لخاصته ولمصالح المسلمين من نَعَم الصدقة والجزية ، والضوالّ ، والخيل المعدّة في سبيل الله ، فلا يُنكِر حمىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم[٦] أحدٌ . ١٨٦ ش

---

(١) سقطت من (د١) ، (ت٣) .

(٢) في مختصر المزني المطبوع بين أيدينا : « فجاء حي من بني زهرة » على الرواية التي صححها إمام الحرمين . راجع المختصر : ٣/ ١٠٣ .

(٣) هـٰذا الغلط الثالث ، تراه مصوّباً في نسخة المختصر المطبوعة ، راجع : ٣/ ١٠٣ .

(٤) النقيع : موضع قرب المدينة ، وهو بالنون المثقلة المفتوحة ، علىٰ بعد عشرين فرسخاً من المدينة ، وهو من ديار مزينة (معجم البلدان) .

(٥) ر . المختصر : ٣/ ١٠٤ .

(٦) حديث أن النبي صلى الله عليه وسلم حمى النقيع رواه البخاري ، كتاب الجهاد والسير ، باب أهل الدار يُبيَّتون فيصاب الوِلدان والذراري ، ح ٣٠١٣ ، وكتاب الشرب والمساقاة ، باب لا حمى إلا لله ورسوله ، ح ٢٣٧٠ .

٥٥٧٩ـ وهل يجوز للأئمة بعده أن يحموا ؟

أما إن حمَوْا لخاصتهم ، لم يجز ، وإن جاز لرسول الله صلى الله عليه وسلم ؛ فهو إذاً معدودٌ من خواصّه ، وخصائصه .

وهل للأئمة أن يحموا لمصالح المسلمين؟ فعلىٰ قولين: **أحدهما** ـ لا يجوز لهم ذلك، كما لا يجوز لآحاد الناس، لقوله صلى الله عليه وسلم: «**لا حمىٰ إلا لله ورسوله**»[1]. **والثاني** ـ يجوز ، والحديث محمول على الحمىٰ للخاصة ، بدليل ما روي في بعض الروايات أنه صلى الله عليه وسلم قال : « **لا حمىٰ إلا لله ولرسوله وللأئمة بعده** »[2] .

وصح أن عُمر حمىٰ بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم الرَّبَذة ، وولّىٰ حماه مولاه هُنَيّ ، وقال « يا هُنيّ ضمَّ جناحك للناس » ، وعنىٰ به تواضع ولا تتكبر ، « واتق دعوة المظلوم ؛ فإن دعوة المظلوم مجابة ، وأدخل ربّ الصُرَيْمة والغُنيمة ، وإياك ونَعَم ابنِ عوف ونعمَ ابنِ عفان ؛ فإنهما إن تهْلِك ماشيتُهما يرجعا إلىٰ نخل وزرع ، وإن رب الغنيمة يأتيني بعياله ، ويقول : يا أمير المؤمنين أفتاركُه أنا ؟ لا أبالك ، فالكلأ أهون عليّ من الدينار والدرهم »[3] وأراد به أنه إن هلكت ماشيته ، احْتجتُ إلى الإنفاق عليه من الدنانير والدراهم في بيت المال ، والكلأ دونهما .

٥٥٨٠ـ ثم قال : « حمىٰ رسول صلى الله عليه وسلم النقيع » ثم فسر النقيع، فقال : « هو بلد ليس بالواسع الذي إذا حُمي ضاقت البلاد علىٰ أهل المواشي حوله » . وقال : « وإنه قليل من كثير مجاوزٌ للقدر » . وهـٰذا مختلٌّ ؛ فإن **الشافعي** قال : « فإنه

(١) رواه البخاري ، وجعله ترجمة للباب بلفظه ، فقال : باب لا حمىٰ إلا لله ولرسوله . وهو برقم الحديث السابق نفسه . وانظر التلخيص : ٢/ ٥٣٣ حديث ١١٠٦ .

(٢) لم أصل إلىٰ هـٰذه الرواية .

(٣) حديث عمر ومولاه هني رضي الله عنهما رواه البخاري بهـٰذا السياق ، غير أنه لم يذكر الربذة (كتاب الجهاد، باب إذا أسلم قوم في دار الحرب، ح ٣٠٥٩) ، وقد بين ابن سعد أنه كان علىٰ حمى الربذة (فتح الباري ١٧٦/٦) ورواه الشافعي في مسنده: ح٤٣٤ ، وعبد الرزاق في المصنف: ح١٩٧٥١ .
ونتبه هنا إلى أننا اعتمدنا في مراجعة نص الحديث في البخاري طبعة دار السلام للكتب الستة في مجلد واحد، وفيها « . . . إن تهلك ماشيتهما يرجعان. . . » كذا بإثبات النون؛ مما لفت نظرنا وجعلنا نبحث لها عن وجه في شواهد التوضيح والتصحيح لابن مالك، وأخيراً راجعنا كثيراً من طبعات البخاري فلم نجد في أيٍّ منها إثبات النون، فليتنبّه الباحثون لذلك.

قليل من كثير غيرُ مجاوز للقدر » ، وقد يتجه تصويب المزني بأن نجعل (مجاوز) نعتاً لكثير ، [فنكسر][1] الزاي ، فيقال : من كثيرٍ مجاوزٍ للقدر .

٥٥٨١ـ ثم قال **الشافعي** : « وفي حماه ـ [عنىٰ][2] رسول الله صلى الله عليه وسلم ـ صلاحٌ لعامة المسلمين ، وذكر وجهَ الصلاح[3] .

وكان للعرب في الجاهلية حِمًىٰ ، فكان الكبير منهم يحمي لنفسه ، إذا انتجع بلداً مخصباً ، فكان [يوفي][4] بكلبٍ علىٰ جبل أو نشزٍ ، ثم استعوى الكلبَ ، ووقف له من يسمع منتهىٰ صوته ، فحيث انتهىٰ عواؤه حماه من كل ناحية لنفسه ، وهو يرعىٰ مع العامة فيما سواه ، ولا شك في فساد مثل هٰذا .

ثم قال **المزني**: ورسول الله صلى الله عليه وسلم إنما يحمي، إن شاء الله تعالىٰ، لصلاح عامة المسلمين . وهٰذا استثناء[5] في غير موضعه ؛ فإنه يتضمن شكّاً ، وتردّداً ، **والشافعي** لم يقل هٰكذا ، ولم يذكر الاستثناء في حمىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم . وقيل : إنه ذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولم يذكر الاستثناء ، فحذف **المزني** الصلاة علىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ووضع الاستثناء مكانه .

٥٥٨٢ـ ثم احتج **الشافعي** علىٰ أنه صلى الله عليه وسلم ما كان يحمي إلا لصلاح العامة ، وإن جاز له الحمىٰ لخاصته ؛ لأنه صلى الله عليه وسلم لم يملك [مالاً][6] إلا ما لا غنىٰ به وبعياله/ عنه ، وأنه صلى الله عليه وسلم ملك خمسَ الفيء والغنيمة ، وأربعة أخماس الفيء ، وكان يصرف خمس الخمس إلى الكُراع والسلاح عُدّةً في سبيل الله ، وينفق علىٰ نفسه وعياله من أربعة أخماس الفيء ، ويدّخر منها نفقةَ

١٨٧ ي

---

(١) في الأصل : ونكسر .

(٢) في الأصل : غير .

(٣) عبارة المختصر :«وفيه صلاحٌ لعامة المسلمين بأن تكون الخيل المعدّة لسبيل الله تبارك وتعالىٰ ، وما فضل من سهمان أهل الصدقات ، وما فضل من النعم التي تؤخذ من الجزية ، ترعىٰ جميعها فيه . .» جزء ٣/ ١٠٤ .

(٤) في الأصل : يؤتىٰ . يوفي بكلب علىٰ جبل ، أي يعلو به عليه ، من أوفىٰ على المكان : أي أشرف عليه . (المعجم . والمصباح) .

(٥) يشير إلىٰ قوله : إن شاء الله تعالىٰ .

(٦) زيادة من (د١) ، (ت٣) .

سنتهم ، فما فضل كان يصرفه إلى الكُراع والسلاح ، وقال صلى الله عليه وسلم : « **إنا معاشر الأنبياء لا نورث ما تركناه فهو صدقة** »[١] .

[وأخلّ][٢] **المزني** بنقل هـٰذا اللفظ[٣] ، لأنه نقل : « حتىٰ صيّر ما ملّكه الله من خُمس الخُمس قوت سنته »[٤] ، وهـٰذا يوهم أنه كان ينفق من خمس الخمس ، وليس الأمر كذلك . **والشافعي قال** : « صيّر ما ملّكه الله من خمس الخمس مردوداً في الكراع والسلاح » .

٥٥٨٣ـ ثم من بقية الكلام في الحمىٰ أنا إذا جوّزنا للإمام أن يحمي ، فحمىٰ علىٰ موجب الشرع ، فلو أراد إمامٌ بعده أن ينقض حمى الإمام قبله ، ففي جواز النقض **قولان** : **أحد القولين** ـ أنه يجوز ، ولعله الأصح ؛ فإن حمى الإمام اجتهادٌ منه في جهة النظر ، وطلبٌ لمصلحة المسلمين ، فإذا رأىٰ مَن بعده ردَّ الحمىٰ نظراً ، لم يُعترض عليه .

والقول الثاني ـ لا يجوز نقضه ؛ فإنه في حكم المُحْرز للجهة المعيّنة ، فلا سبيل إلىٰ نقضه ، كما إذا جعل بقعةً مسجداً ، أو مقبرةً ، فلا يجوز تغييره ، وإن اقتضت المصلحة التغيير .

والقائل الأول ينفصل عن هـٰذا ، ويقول : المسجد يترتب علىٰ ملك مالك ، ثم هو تصرفٌ لازمٌ ، فلم يقبل النقضَ ، والحمىٰ يرد على الموات ، وهو ضربٌ من الحَجْر علىٰ حسب المصلحة ، فنقضُه ، وردُّه إلىٰ ما كان عليه من حكم العموم لا يشابه نقضَ تصرفات الملاك .

وأطلق الأئمةُ القولَ بأن حمىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يُنقض ،

---

(١) حديث: إنا معاشر الأنبياء لا نورث. متفق عليه من حديث أبي بكر رضي الله عنه. بلفظ: « لا نورث ما تركناه صدقة» وبلفظ المؤلف عند النسائي في الكبرى. (البخاري، ح٣٠٩٣ ، ٣٧١٢ ، ٤٠٤٦ ، ٤٢٤١ ، ٦٧٢٦ ومسلم: الجهاد، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم: «لا نورث. . .»، ح ١٧٥٨، ١٧٥٩ ، والنسائي، ح ٦٢٧٥ طبعة مؤسسة الرسالة، وانظر التلخيص: ٣/ ٢١٣ ح ١٤٦١).

(٢) في الأصل ، (د١) : وأخذ .

(٣) (د١) ، (ت٣) : الكلام .

(٤) نص عبارة المختصر : « حتىٰ صير ما ملّكه الله من خمس الخمس ، وماله ـ إذا حبس قوت سنته ـ مردوداً في مصلحتهم في الكراع والسلاح عدة في سبيل الله » جزء٣/ ١٠٧ .

وقالوا : إنه نصٌّ ، ونصُّ الشارع لا يتطرق إليه نقضٌ ، وحمى الإمام اجتهادٌ ، ولا يمتنع نقض الاجتهاد . وقال قائلون فيما ذكره الأئمة ، وفيما ذكره **الشيخ أبو علي** وغيرُه : لو ظهر لنا أن حمىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم كان لعلّةٍ ، ثم تبيّن زوالُ العلة ، ففي ردّ حماه إلىٰ حكم العموم **وجهان** أيضاً .

ثم من جوّز الردَّ إلىٰ حكم العموم يقول : لا بد من صَدَر ذلك عن رأيٍ متَّبع ، من جهة الوالي، ولا نقول: كما[1] زالت العلة ، انقطع حكم الحمىٰ ، وذلك أن هـٰذا [مختلفٌ][2] فيه ، والهجوم علىٰ مخالفة حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم مُخطرٌ[3] ، فلا بد عند من يرىٰ جوازَ الرد إلىٰ حكم العموم من نظرِ صاحب الأمر ، فينتظم في جواز نقض الحمىٰ **قولان** في حمى الإمام ، ثم **وجهان** مرتبان في حمىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم .

٥٥٨٤ـ ومما يجب التنبه له أن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد بين الولاة والقضاة . ومن جوّز نقض الحمىٰ جوزه عن اجتهادٍ ، وقد يُخيِّل ذلك أنه من باب نقض الاجتهاد بالاجتهاد قلنا : المعنيُّ بقول العلماء لا ينقض الاجتهاد بالاجتهاد أن القاضي إذا أمضى/ حكمه وقضاءه في واقعةٍ ، وكان لقضائه مستندٌ من مذهب العلماء ، ومتعلّق بالحجة ، فإذا أراد قاضٍ بعده أن ينقض قضاءه، لم يجد إليه سبيلاً . وأما الحمىٰ فمن جوّز نقضَه ، فليس يأخذه من هـٰذا المأخذ ، ولـٰكنه يقول : حَمْيُ الأول كان لمصلحة ، فالمتبع المصلحة في كل عصر . ١٨٧ ش

ثم إذا جوزنا للإمام أن ينقض حَمْي إمامٍ قبله، فيجوز للحامي أن ينقض حَمْي نفسه ، إذا رأىٰ في ذلك مصلحة ، ولا يتوقف جواز النقض علىٰ ضرورة مرهقة .

فهـٰذا منتهى الكلام ومأخذه في الحمىٰ ، وما يتعلق به ابتداءً ونقضاً انتهاءً .

ولو ابتدر مبتدر ، فأحيا قطعةَ أرضٍ مما حماه ، فسنذكر هـٰذا مفصلاً، إن شاء الله تعالىٰ .

* * *

---

(١) كما : بمعنىٰ (عندما) . وهـٰذا جارٍ بكثرة في لسان إمام الحرمين .
(٢) في الأصل : مجتهد .
(٣) مخطر : من أخطر المرضُ ونحوه فلاناً : جعله بين السلامة والخطر ، وهو مثل : أنجد وأتهم ، إذا دخل نجداً وتهامة ، فأخطر : دخل في الخطر . (المعجم).

باب
ما يكون إحياءً

٥٥٨٥ـ قد ذكرنا أن إحياء الموات ـ على التفصيل المقدّم ـ سببٌ يُملّكه . وهٰذا الباب معقود لتفصيله ، وكيفيته ، وليس يكاد يخفىٰ أن صفة الإحياء تختلف باختلاف المقصود في المُحيا ، والمتبع في ذلك العرفُ ، وقد مهدنا في (**الأساليب**) وغيرِها : « أن ما ورد في الشرع غيرَ محدود ، وهو ما يختلف تفصيله ، فالرجوع فيه إلى العرف ، وسبب اقتصار الشرع على الإطلاق الإحالةُ علىٰ ما يفهمه أهل العرف في الفن الذي ورد الخطاب فيه »[١] .

٥٥٨٦ـ فنطلق في صدر الباب أن ما يعد إحياءً عرفاً في الغرض المقصود ، فهو سبب تملّك الموات ، وما لا فلا .

٥٥٨٧ـ فإن أراد أن يتخذ من الموات مسكناً فإحياؤها[٢] بأن يحُوطَها ويسقُف[٣] البعض بأن يتأتىٰ سُكونه[٤] ، ثم يقع استتمامُ الأبنية والمرافق بعد جريان الملك .

٥٥٨٨ـ وإن أراد أن يتخذ من الأرض حظيرة تأوي إليها الأغنام ، والمواشي ، فقد رأيت الأصحاب متفقين في الطرق علىٰ أنه لا يكفي أن ينصب حوالي البقعة شوكاً وسعفاً ، وجريداً ، من غير أن يبني ؛ فإنّ الزريبة التي يُقصد تملكها لا يُكتفَىٰ بهٰذا التحويط فيها ، وإنما يعتاد الاقتصارَ علىٰ هٰذا القدر المنتجِعُ[٥] المجتاز ، وأيضاً فإن

---

(١) نهاية ما ذكره في (الأساليب) .

(٢) تأنيث الضمير علىٰ معنى البقعة أو الدار .

(٣) سقفتُ البيت سقفاً من باب قتل . (المصباح) .

(٤) سكوناً : أي سكناً ، وهٰذا جارٍ في لفظ إمام الحرمين ، وتلميذه أبي حامد الغزالي كثيراً .

(٥) المنتجِع : طالبُ الكلأ ، يقصدُ أخصب بقعةٍ يراها ، وانتجع القوم : إذا ذهبوا لطلب الكلأ في موضعه . (المصباح) .

ما يفرض من ذلك ليس تغييراً للأرض به مبالاة ، وإنما هو بمثابة نصب الأخبية والخيام ، ثم لو حوّط على الحظيرة حائطاً مبنياً ، فذاك ، ولو أثبت [بناء][(١)] في طرفٍ يأوي إليه الراعي والمراقب ، وجعل الباقي حظيرةً من سعفٍ أو قصبٍ ، فقد ذهب بعضُ أصحابنا إلىٰ أن هـٰذا كافٍ .

والمنقولُ عن القاضي وما اقتضاه كلام **شيخنا**[(٢)] أنه لا يملك صاحبُ هـٰذه الواقعة إلا محلَّ البناء ، والباقي يجري علىٰ قياس التحويط بالسعف والجريد ، وليس كما إذا وُجد البناء ممن يبغي مسكناً بعد التحويط ؛ فإنَّا نجعل ذلك إحياءً، تعويلاً على التحويط/ المعتبر مع إمكان السكون في المبنىٰ ، ونصب السَّعَفِ والقصب ليس حائطاً معتبراً . ١٨٨ ي

٥٥٨٩ـ فإن أراد أن يتّخذ بستاناً ، فلا بد من أن يحوِّط ويحفر الجداول ويهيّىء مجرى الماء إلى الأشجار . وذكر الأصحاب أنه لا بد من غرس الأشجار ؛ لأن اسمَ البستان لا ينطلق على الأرض البيضاء الخليّة عن الغراس . فإن أراد مزرعةً ، لم يحتج إلى التّحويط فوقها ؛ فإن معظم المزارع بارزٌ لا تحتوي عليه الحيطان ، ولـٰكن لا بد من تمييز البقعة أوّلاً بجمع ترابٍ حولها ؛ حتىٰ تتميز عن الغير ، وهـٰذا التمييز فيها ينزل منزلة التحويط في غيرها ، ثم لا بد من أن يسوق إليها الماء من نهرٍ ، أو يُنبط[(٣)] لها عَيْناً ، أو يحفر بئراً ، لتعتمد الزراعة الشِّرب العِدَّ ، وإذا أجرىٰ ماءً من نهرٍ عِدٍّ ، كفىٰ . وإن كان يحتاج إلىٰ شراء الماء ؛ فإن الشرط أن يتمكن من السقي من الماء العِدّ .

٥٥٩٠ـ ثم اختلف الأئمة في أنا هل نشترط في إتمام الإحياء أن تُزرعَ وينبت البذر في الأرض ؟ فمن أصحابنا من قال : لا بد منه ، وهو ظاهر النص ، فإن **الشافعي** قال : « وتزرع » .

ومن أصحابنا من قال : لا حاجة إلىٰ إيقاع الزراعة ؛ فإن الإحياء تهيئةُ البقعةِ للمقصود ، وإيقاع الانتفاع ليس شرطاً ؛ فإن من يبغيْ اتّخاذ مسكنٍ يكفيه أن يهيىء

---

(١) في الأصل : مأوىٰ . وفي ت٣ : « ولا يثبت بنا طرفا يأوي » وهو تحريف متفاحش .
(٢) شيخنا : يعني والده ، وقد صرح بذلك الرافعي . (فتح العزيز : ٦/ ٢٤٤) .
(٣) يُنبط : يستخرج . وماضيه أنبط إنباطاً . (المصباح) .

البقعة لإمكان السكون فيه ، ولا يشترط في تتمة الإحياء أن يسكن .

وقد ذكرنا أن ظاهر المذهب أنه إذا أراد اتخاذ بستانٍ ، فلا بدّ من غرس الفسيل ، وهٰذا القائل يفرق بين البستان والمزرعة ، ويقول : اسم البستان لا يُطلق على البقعة قبل الغرس ، واسم المزرعة يثبت قبل الزراعة .

ومن أصحابنا من أجرىٰ في الغراس والمقصودُ البستانُ خلافاً ، وزعم أنه لا يشترط في وجهٍ ؛ فتحصّل في الزراعة والغرس ثلاثةُ أوجه .

وذكر **شيخي** تردداً في أنا إذا جرينا على الأصح في اشتراط الغرس في البستان ، فهل يشترط أن يَعْلَق الغراس ، أم يكفي في جريان المِلْك الغرسُ ؟ فذكر في ذلك خلافاً ، والوجه عندنا القطعُ بأن العلوق ليس شرطاً .

ولا شك أنه يشترط في اتخاذ المزرعة التسوية والتكريب والتقليب بالثيران والفدان[١] ، أو المساحي ، هٰذا لا بد منه ، فلو عمد إلىٰ مواتٍ ، وحرثه وبذره ، معتمداً على القَطْر والمطر ، فقد تردد **صاحب التقريب** في أن هٰذا هل يكون إحياء مملِّكاً ؟ ومال إلىٰ أنه لا يكون مملّكاً ؛ فإن هٰذا لا يعدّ أمراً مؤبداً معتمداً ، ولا اعتماد حتىٰ تستند البقعةُ إلىٰ ماءٍ يعتمد ، كما قدمناه .

قال : ويحتمل أن يحصل الملك ؛ فإن المطر من جهاتِ السقي ، ويحتمل أن يفصّل الأمر في ذلك رجوعاً إلى العرف ، ويقال : إن كان أهل الناحية يعتمدون المطر . ويتّكلون عليه ، فيكون ما فعله إحياء ، وإن كانوا لا يعتمدون المطر ، فمن[٢] فعل ما وصفناه عُدَّ طالباً رزقاً علىٰ غرر ، فهٰذا محلّ تردد **صاحب التقريب** .

فإن قيل : هلاّ قطعتم في الصورة الأخيرة بأنه/ لا يملك لما أشرتم إليه ، قلنا : لأن المزرعة تنقسم في عرف الزرّاعين ، فمنها مزرعةٌ أصلية تعتمد ماءً عِدّاً ، ومنها مزارع مهيّأة على الأمطار . ش ١٨٨

٥٥٩١ـ فهٰذه جُملٌ من كلام الأصحاب فيما يكون إحياءً وفيما لا يكون إحياءً . ومجاري كلامِ الأصحاب دالّةٌ على اختلاف صفةِ الإحياء باختلاف المقصود في المحيا .

---

(١) الفدان : آلة الحرث ، ويطلق على الثورين يحرثُ عليهما في قران . (المصباح) .

(٢) (د١) ، (ت٣) : ثم فعل .

٥٥٩٢ـ وكنت أود أن نقول : كلُّ ما يحصِّل الملكَ في بُقعةٍ إذا انضم إليه القصد ، فإنه يحصِّل الملك ، وإن[١] فُرض القصدُ في جهةٍ أخرىٰ .

[والذي][٢] أراه في ذلك الاستشهاد بالحائط ، فالتحويط يملِّك البقعةَ إذا انضم إليه قصدُ اتخاذ الحظيرة ، فليكفِ مجردُ التحويط [في كل غرضٍ يفرض][٣] . وقد وجدتُ هـٰذا **لصاحب التقريب** ، ولـٰكنه لم يصرح بالقاعدة التي رُمتُها[٤] ، بل قال[٥] : لو قلتُ في حق من يبغي مسكناً يكفي التحويط فيه ، لكان محتملاً .

٥٥٩٣ـ وإنما قلنا ما قلنا ؛ لأن ما كان سبباً في تملّك مباح ، فليس للقصد فيه وقعٌ ، فإنّ من كان يتّبع ظبية وكان يبغي امتحانَ شدة سَعْي نفسه ، فأدركها ، وضبطها ، ملكها ، وإن لم يخطُر[٦] له قصدُ التملك . ومن احتشّ حشيشاً ، وملأ ظرفاً كان معه ، فقصد أن يتخذ منه مقعداً يجلس عليه إذا ركب ، فيملك الحشيشَ ، وإن لم يقصد تملّكه ، وكذلك القول فيما يداني ذلك ، والمتعلَّقُ من جهة النقل فيما ذكرته ما حكيتُه

---

(١) جواب هـٰذا الشرط مفهومٌ مما قبله ، تقديره : فإنه يحصّل الملك أيضاً . وكأن العبارة : « كل ما لا يفعله إلا المتملّك يحصّل الملك ، انضم إليه القصد ، أو فرض في جهة أخرىٰ » كما يتضح ذلك من حكاية النووي والرافعي لكلام الإمام في التعليق الآتي قريباً .

(٢) في الأصل : (فالذي) بالفاء علىٰ أنها جواب الشرط . ولـٰكن الواو هنا للاستئناف .

(٣) في الأصل : من كل غرضٍ يطلب . والإمام بهـٰذا يخالف الأصحاب ، في اعتبارهم اختلاف صفة الإحياء باختلاف المقصود في المحيا .

(٤) القاعدة التي رامها إمام الحرمين هنا هي النظر إلى اعتبار قصد المحيي ، وعدم قصده ، وحاصل قوله : « أن ما لا يفعله ـ في العادة ـ إلا المتملك كبناء الدار ، واتخاذ البستان يفيد الملك ، قصد أو لم يقصد .

وما يفعله المتملك وغيرُه ، كحفر البئر في الموات ، وكزراعة قطعة من الموات اعتماداً علىٰ ماء السماء ، إن انضم إليه قصد أفاد الملك ، وإلا ، فوجهان .

وما لا يكتفي به المتملك كتسوية موضع النزول ، وتنقُيته عن الحجارة ، لا يفيد الملك ، وإن قصده » . ر . الروضة : ٤/ ٢٩١ ، وفتح العزيز : ٦/ ٢٤٦ .

(٥) في الأصل : بل لو قال : لو قلت .

(٦) يخطُر : من بابي قعد وضرب .

من الاكتفاء بالتحويط في المسكن . والله أعلم ، وإن أصرّ الأصحابُ ، وهم كذلك يصرّون في تحصيل الإحياء علىٰ حسب المقاصد ، فلو شبّبَ [مُشبِّبٌ][1] بالخلاف فيما استشهدتُ به في الاحتواء على الظبية والحشيش ، كان بعيداً[2] .

وقد ظهر اختلاف أصحابنا في صُورةٍ سنذكرها في الصيد والذبائح ، وهي أن ظبية لو دخلت داراً فلو قام صاحب الدار إلى الباب وأغلقه، وجرّد قصده إلىٰ أَخْذ الظبية ،فهـٰذا يثبت الملك في الظبية ، وإن اتّفق منه إغلاق الباب من غير قصدٍ ، ففيه اختلافٌ بين الأصحاب ، وسيأتي مشروحاً في موضعه، إن شاء الله تعالىٰ .

٥٥٩٤ـ والذي ذكرته يجري في كل سبب يشترك فيه وجهان فصاعداً ، وهـٰذا كالتكريب ، والتقليب ، والتسوية ،فهـٰذا القدر يكفي في المزرعة ، مع تمييز البقعة ، والاعتمادُ علىٰ ماءٍ عِدٍّ كما وصفناه ، وما ذكرناه مقدمةٌ لاتخاذ البستان ، فيتجه جداً الحكمُ بحصول الملك . ثم [العَامل][3] علىٰ قصده في استتمام العمارة ، والدليل عليه أنه لو كان يبغي بستاناً تَمَثَّلَه في نفسه ، وهو علىٰ نهاية العمارة ، فلا يشترط أن يبلغها ، حملاً للعمارة/ علىٰ قصد العامر ، وهـٰذا نبنيه علىٰ وجهٍ من الرأي مع [تشبّثٍ][4] بطرفٍ من النقل ، مع الاعتراف بأن طريقة الأصحاب في المسلك الظاهر ما قدمناه . ي ١٨٩

٥٥٩٥ـ ومما يدور في الخَلَد أن الحائط له أثر في اتخاذ المسكن ، والبستان ، والحظيرة ، كما أطلقه الأصحاب ، ثم لم يتعرضوا لتفصيل الحيطان ، ولا نشك أنها تختلف باختلاف المقاصد ، فحائط المسكن يزيد علىٰ حائط الزريبة ، والمعتبر في كل مقصود ما يليق به ، فالساكن يزداد قصدُه في التحصين بالجدار علىٰ قصد صاحب البستان .

٥٥٩٦ـ ومما نختتم به هـٰذه الفصول أن من استفتح حائطاً ، وأحكم الأساسَ ورفع

---

(١) سقطت من (د١) ، (ت٣) ، وحرفت في الأصل إلىٰ (فشبب) .
(٢) كذا . ولعلها : « كان مبعداً » كما هو جارٍ في لفظ الإمام .
(٣) في الأصل: «العامر» والمثبت من (د١)، (ت٣).
(٤) حرفت هـٰذه الكلمة في النسخ ، وهـٰذا عجب من العجب ، فقد رُسمت في الأصل هـٰكذا : (تنبّث) وفي (د١) : (تثبيت) و(ت٣) : (التثبت) .

منه مقداراً مثلاً ، ولم يكن ذلك المقدار حاجزاً ، فلا يحصل الملك به ، فإذا لم نجعله مالكاً ، جعلناه متحجراً ، كما سنصف علىٰ أثر ذلك التحجرَ وحكمَه ، فإذا أضرب عن استتمام العمارة ، وتبين ذلك منه ، فأراد إنسان أن يعمر تلك البقعة ، واحتاج إلىٰ نقض ما بناه ذلك الأول ،فهـٰذا سائغٌ ، وأرىٰ ذلك مشروطاً بالتزام الضمان في النقص الذي يُحدثه القلعُ ؛ فإن الذي بنىٰ كان له أن يبني ، وكلُّ من بنىٰ بناءً مباحاً ، ثم تسلّط الشرعُ علىٰ نقضه ، فعلى الناقض أرشُ ما ينقصه القلع .

وتمام البيان في هـٰذا يتضح بفصل التحجر كما سنذكره الآن إن شاء الله .

فَصْلٌ

قال : « ومن أُقطع أرضاً أو تحجّرها ، فلم يعمُرها . . . إلىٰ آخره »[1] .

٥٥٩٧ـ اتفق أصحابنا أولاً أن لإقطاع الوالي مساغاً في الأراضي الموات ، وليس الإحياء مشروطاً بالإقطاع ، كما ذهب إليه **أبو حنيفة**[2] ، فمن ابتدر وأحيا بقعة من الموات، ملكها ، وإن لم يراجع الإمامَ ، ولا معترضَ للأئمة فيما فعله ، ولـٰكن إذا جرىٰ إقطاعُ صاحب الأمر ، اختُصّ المقطَع بمحل الإقطاع ، حتىٰ لا يزاحمَ فيه اختصاص المتحجر . والتحجُّرُ أن يبتدىء الرجل تحقيقَ قصده في إحياء بقعةٍ ، فينصب عليها علامة ، بأن يخط حولها خطوطاً بيّنةً ، أو يغرز خشباً وقصبات ، أو يجمع حولها تراباً ، وليس ما يأتي به محسوباً من العمارة ، [وإنما يفعله إعلاماً أنه يهمّ بالعمارة][3] حتىٰ لا يقصد البقعةَ مبادرٌ .

هـٰذا هو التحجر . وغرضُه الإعلامُ ، فيحصل بما يحصل به الإعلام .

٥٥٩٨ـ ثم ليس لغير المتحجّر أن يعمُر الموضعَ المتحجَّر ، فإن ابتدره وعمَره مع

---

(١) ر . المختصر : ٣/١٠٨ .

(٢) ر . مختصر الطحاوي : ١٣٤ ، مختصر اختلاف العلماء : ٣/٥١٨ مسألة ١٦٦١ .

(٣) ما بين المعقفين سقط من الأصل . وعبارة (د١) ، (ت٣) : « وإنما يفعله أن يهم بالعمارة » والمثبت تقدير من المحقق .

كونه ممنوعاً ، فهل يملك البقعة بالإحياء المعتبر التام ؟ حاصل ما ذكره الأئمة **أوجهٌ ثلاثة** :

ش ١٨٩ **أحدُها** ـ أنه لا يملك ؛ فإنّه أقدم علىٰ إحياءٍ هو ممنوعٌ منه ، فكان مقتضى المنع/ إعدام أثر الإحياء .

والوجه الثاني ـ أنه [يملك][1] ، وهو ظاهر القياس ؛ فإنه لم يوجد من المتحجِّر إلا إظهارُ همّه بسبب التملك ، وليس ما جاء به محسوباً من السبب ، وهٰذا الذي أكمل الإحياء أتىٰ بسبب التملك ، وهٰذا بمثابة تحريمنا السّوْمَ على السَّوْم والخطبة على الخِطبة ، ثم لو سام علىٰ سَوْم أخيه ، واشتراه ، ملَكه ، وإن فعل ما لم يكن له أن يفعله .

والوجه الثالث ـ أن التحجر إن لم يتصل بإقطاع الإمام ، ملك المحيي ، وإن أقطع الإمامُ فتحجر ، أو وجد الإقطاع المجرد من غير تحجر ، فالمُحيي لا يملك ؛ فإن الإقطاع[2] صادرٌ من صاحب الأمر ، ولا يليق بتأكيد الشرع طاعةَ الولاة [تجويزُ][3] الخروج عن مراسمهم . والتحجر الذي ينفرد به المتحجر يجوز أن يُفرض مزاحمتُه .

٥٥٩٩ـ ولو تحجر المتحجر ، ثم طال الزمان ، وامتدت المدة ، وأعرض عن العمارة ، فللوالي أن يقول : إن أحيَيْتَها ، وإلا خلّينا بينها وبين من يُحييها ، فإن الموات مُرصَدٌ لعامّة المسلمين ، وإنما ثبت حق المتحجِّرِ فيه ؛ لأنه ذريعةٌ إلى العمارة ، فإذا طال الزمان ، بطلت الذريعة .

ثم لا يتوقف بُطلانُ التحجر علىٰ إبطال الوالي ، وإنما نؤثر رفعَ الأمر إلى الوالي لقطع الخصومة ، وإلا فالحكمُ أن التحجرَ إذا بطل أثره ، فلا حكم له ، حتىٰ إذا قلنا : لا يملك المُحْيي البقعةَ المتحجرة ، فيُقضَىٰ بأنه يملكها إذا ظهر انقطاعُ أثر التحجّر .

ثم لا مرجع في ذلك إلىٰ ضبطٍ محدود ، وإنما الرجوع إلىٰ **أهل العرف** ، والذي

---

(١) في الأصل : تمليك .
(٢) (د١) ، (ت٣) : الإقرار .
(٣) في الأصل : تحريف .

نفهمه منه أن الإنسان لا يؤخر العمارة عن التحجر إلا في زمانٍ يتهيّأ فيه للعمارة ، ويهيِّء أسبابَها . والوجه فرض ذلك من متمكن من تهيئة أسباب العمارة ، فإذ ذاك [يعتبر][(١)] زمان التهيؤ ، فأما إذا تحجر فقيرٌ بقعة ، وأخذ ينتظر أن يُملّكه الله عزّ وجل ما يهيّيء به أسباب العمارة ، فهـٰذا لا معوّلَ عليه ، وكذلك لو تحجّر المتمكن بقعةً ، وزعم أنه سيعمُرُها في السنة القابلة ، فلا حكم لتحجّره ، والأصلُ ألا ينفصل التحجرُ عن العمارة إلا بمدة التهيُّؤ .

وإذا حصل الانقطاع ، فلا فرق بين أن يكون هـٰذا عن عذر: مثل أن يغيب أو يُحبس ، وبين أن يكون عن [إضرابٍ][(٢)] وإعراضٍ ، والأصل في الباب أن عامة المسلمين مشتركون في الموات ، وأثر التحجُّر ما نصصنا عليه . [فإذا زال أثرُ التحجّر][(٣)] ووقعُه ، استمر حكمُ الاشتراك ، وهو الأصل ، وإذا أقطع الإمام بقعةً فالمُقطَع فيه كالمتحجِّر ، فليشتغل بالعمارة/ ، علىٰ حدّ اشتغال المتحجّر ، فإن لم يفعل ، كان القول [فيه][(٤)] كالقول في المتحجر في جميع ما قدمناه . ١٩٠ ي

وبَيّن أئمتنا الخلافُ في أن من ابتدر وأحيا البقعة المتحجَّرة قبل ظهور التقصير من المتحجِّر ، فهل يملك بالإحياء ؟ علىٰ خلاف سيأتي في الصيد ، وهو أن ظبيةً لو توحّلت في ملكٍ لإنسان ، أو عشَّش طائرٌ في ملكه ، فصاحب الوحل والملك الذي فيه العُش لا يملك الظبيةَ والفرخَ ، ولـٰكن ليس لغير المالك أن يأخذ الصيدَ والفرخَ ، فلو أخذه هل يملكه ؟ فيه خلافٌ سيأتي مشروحاً، إن شاء الله تعالىٰ .

ووجه التشبيه أن التوحّل والتعشيش في الملك أثبت للمالك على الجملة حقّاً ، والاصطيادُ سببٌ للتملك ، فإذا ورد علىٰ حق التملك ، كان مختلفاً[(٥)] فيه ، كالتحجُّر مع الإحياء .

---

(١) في الأصل : يغيّر .
(٢) في الأصل : إضرار .
(٣) في الأصل : فإذا زاد التحجر .
(٤) ساقطة من الأصل .
(٥) في (د١) ، (ت٣) متحققاً . وهو مخالف للسياق .

٥٦٠٠ـ ومما يتصل بتمام البيان في ذلك أن المتحجِّر إذا أخذ في العمارة ، وكان تمهّد الأساس ، أو بنىٰ بعضَ الجدار ، فقد ذكرنا أن هـٰذا القدرَ لا يُثبت له الملك ، ولـٰكن لو ابتدر مبتدر إلىٰ إحياء هـٰذه البقعة ، يجب القطع بأنه لا يملكها ؛ فإن السابق إلى العمارة أولىٰ ، فقد تأكد حقُّ تملكه . والخلاف الذي ذكرناه في الابتدار إلىٰ عمارة البقعة المتحجرة ، [فسببه][1] أن العمارةَ أقوىٰ ، وإن كان التحجر أسبق ، فرأىٰ بعضُ الأصحاب تقديمَ السبب الأقوىٰ على الأسبق ؛ فإن التحجر ليس من العمارة ، وإذا ابتدأ العمارة في مسألتنا ، فله حقُّ السبق ، والتمسكُ بالسبب الأقوىٰ .

٥٦٠١ـ ومما يتعلق بذلك أن الإمام إذا حمىٰ بقعةً ، وصححنا الحمىٰ ، فلو ابتدر مسلمٌ ، وأحيا طرفاً من المكان المحمي ، فقد اختلف أصحابنا في أنه هل يملكه ؟ وهـٰذا يقرب من الخلاف في إحياء الأرض المتحجِّرة ، ولعل الأولىٰ في الحمىٰ ألا يملك ؛ فإنه حكمٌ ثابت ، وليس في حكم العلامة علىٰ ما سيكون ، بخلاف التحجر .

٥٦٠٢ـ وقد ذكرنا في قاعدة المذهب أن المسلمين إذا استولَوْا علىٰ موات بلاد الشِّرك ، وكان المشركون يذبُّون عنه كما يذبّون عن عامر البلاد ، فالغانمون فيه كالمتحجّرين . وذكر **الشيخ أبو علي وجهين آخرين** :

أحدهما ـ أنهم يملكون الموات إذا قصدوا تملّكه ، كما يملكون المغانم ؛ فإن الإحياء إثباتُ يدٍ على الاختصاص على الأرض المشتركة ، فإذا ثبتت أيدي الغانمين ، وظهر قصدُهم إلى الاستيلاء ، كان ذلك بمثابة الإحياء ، وليس يبعد أن يملكوا بالاستيلاء ما لم يكن ملكاً قبل استيلائهم ، كما يملكون الحرائر ، والذراري بالسبي .

ش ١٩٠ **والوجه الآخر** ـ أنه لا يثبت لهم اختصاص/ بالموات ، وإن اختصوا بالاستيلاء ، ولا ينزلون منزلة المتحجِّرين أيضاً ، بل المسلمون كافة في إحيائها شَرَعٌ[2] ؛ فإن الرسول صلى الله عليه وسلم علق ملكَ الموات بالإحياء ، وحقَّ التخصيص بالتحجر ، ولم يوجد منهم إحياءٌ ، ولا تحجّرٌ .

---

(١) في الأصل : وسببه . والفاء هنا علىٰ تقدير : وأما الخلاف . والله أعلم .
(٢) شَرَع : بفتح الشين والراء ، أي متساوون (المعجم) .

فقد تحصَّلَ مما ذكرناه ، مع ما قدمناه **ثلاثة أوجه** :

أصحُّها ـ وهو الذي قطع به معظمُ الأئمة ـ **أن** المستَوْلين بمثابة المتحجّرين .

والثاني ـ أنهم في الموات بمثابتهم في المغانم .

والثالث ـ أنه لا حقَّ لهم ، ولا اختصاص .

وهـٰذا فيما كانوا يذبّون عنه ، فأما إذا كانوا لا يذبّون عن موات بلادهم ، فقد تقدم التفصيل فيه ، فلا مزيد عليه .

٥٦٠٣ـ ومما ذكره الأئمة أن المتحجِّر لو باع ما تحجَّره ، ففي صحة بيعه **وجهان** :

أصحهما ـ المنعُ ؛ فإن البيع يستدعي ملكاً ثابتاً ، والتحجّر لا يقتضي ملكاً للمتحجّر .

والوجه الثاني ـ أنه يصح ، ومورده حقُّ الاختصاص ، وهـٰذا القائل يستشهد ببيع حق البناء على العلوّ ، كما قدمناه في كتاب الصلح . وهـٰذا عند هـٰذا القائل بيعُ حق ملكٍ ، وليس بيعَ عينٍ مملوكةٍ من العلوّ ، وقد قدمنا تفصيلَ القول في ذلك . وتصحيحُ البيع من المتحجِّر في نهاية الضعف .

٥٦٠٤ـ ومما أرىٰ ختمَ الباب به أن الجهة التي لا تردُّد فيها في قصد التملك ، لا حاجة إلىٰ فرض القصد فيها ، وهـٰذا كبناء الدار ، والمساكن ، وكاتخاذ البساتين ، والتحويط عليها ، وكل ما يقصده المتملك .

٥٦٠٥ـ وقد يقع ممن يطلب انتفاعاً[1] ثمّ إعراضاً بعده ، كالزرع في بقعةٍ من الأرض على القَطْر ـ وكان أهل البادية يعتادون ذلك ـ فهـٰذا مما يستدعي قصداً ، وكذلك حفر البئر في المفاوز ، ومواضع العشب ، قد يفعله [المنتجِع][2] وقد يفعله المتملك ، فإذا تردد الأمر ، فلا بدّ من القصد .

٥٦٠٦ـ وكل ما « لا »[3] يقتصر عليه المتملك أصلاً ؛ لم يتضمن ملكاً ، وإن انضم

(١) (د١) : انتفاعها . و(ت٣) : انتفاعها ، ثم أغراضاً بعيدة .
(٢) في الأصل : المنتهج .
(٣) ساقطة من (د١) ، (ت٣) .

القصدُ إليه ، وهـٰذا كتسوية بقعة للنزول فيها ، فهـٰذا وإن قصد به المسوِّي تملكاً ، لا يكون تملّكاً .

٥٦٠٧ـ وهـٰذه القواعد في النفي والإثبات تضاهي نظائرها في الاصطياد ، فمن نصب أحبولة ، وهيأ أسبابها علىٰ مدارج الصيود ، فهـٰذا مما لا يقصد به [إلا][1] الاصطياد ، فلا حاجة إلىٰ تقرير ضمٍّ قصدٍ إليه . وإغلاقُ الباب على الصيد إذا اتفق دخولُه الدارَ مما يُقصد علىٰ علمٍ ، وقد يقع من غيرِ علمٍ ، فإن كان علىٰ علمٍ وقَصْدٍ ، أفاد تملكاً ، وإن لم يجرِ به[2] قصدٌ ، ففي الملك وجهان .

ونحن نطرد هـٰذه المسالك في الإحياء ، فما لا تردد فيه ، فلا حاجة إلى القصد فيه ، حتىٰ كأنه من قبيل الأفعال يضاهي/ التَّصريحَ من قبيل الأقوال . ي ١٩١

وما يتردَّدُ إذا انضم إليه قصدُ التملك ، كان تملّكاً ، وإن لم ينضم إليه القصدُ ، ففي حصول الملك به وجهان .

وما لا يقصد به التملك لم يؤثِّر انضمامُ القصد إليه ، فيناظر توحّلَ الظبية في الأرض المسقيّة ، ويضاهي من الألفاظ ما لا [يحتمل][3] معنى الطلاق .

هـٰذا حاصل القول في قواعد الباب .

فَرْعٌ : **٥٦٠٨ـ** موات الحرم يُملك بالإحياء ؛ فإن جهات التملكات جارية عندنا في الحرم ، جريانَها في غير الحرم ، وما ملكت رِباع مكة إلا علىٰ هـٰذه الجهة .

ولو أحيا المُحيي بعضَ بقاع عرفة ، فقد اضطرب أصحابنا فيه ، فذهب القياسون إلىٰ أنه يملك ما أحياه ، ولا تضيق عرفةُ وإن اختلت[4] أطرافها عن حجيج الدنيا .

ومن أصحابنا من قال : لا يَملك المُحيي من عرفةَ شيئاً ، لتعلق حق الوقوف بها ؛ وإذا فتحنا بابَ التملك ، ارتفع الاختصاص ، وقد يُفضي ذلك إلى الاستيعاب ، ثم

---

(١) سقطت من الأصل .
(٢) (د١) ، (ت٣) : وإن لم يكن عن قصدٍ .
(٣) في الأصل : يحصل .
(٤) (د١) ، (ت٣) : أحييت . هـٰذا، واختلت هنا بمعنى انتُقصت (معجم).

لا حجرَ على المحيي لو بنىٰ ، أو غرس وهـٰذا يؤدي إلىٰ إبطال حق الوقوف من البقاع المحياة .

والوجه الثالث ـ أن من أحيا مواتاً من عرفة ملكه ، ويبقىٰ حقُّ الوقوف للواقفين ، ثم اضطرب أصحابنا في تفصيل هـٰذا الوجه ، فمنهم من قال : يبقىٰ حقُّ الوقوف ، وإن لم يضق الموقف ، حتىٰ لو قصد الموضعَ المحيا رهطٌ من الحجيج ، لم يُمنعوا . ومنهم من قال : إن كان في الموقف متسعٌ ، لم يجز استطراق ما مُلك ، وإن ضاق الموقف ، استُطرِقت الأملاك .

* * *

باب
ما يجوز أن يُقطع وما لا يجوز

قال : « ما لا يملكه أحد من الناس يُعرف صنفان. . . إلىٰ آخره »[١] .

٥٦٠٩ـ وقد أتىٰ **المزني** بألفاظٍ مضطربة في صدر هـٰذا الباب ، وجاوزت غلطاتُه في الكتاب حدَّ العشرات ، ولو قيست مواضع غلطه بمواقع إصابته ، لعادلتها ، إن لم تزد . قال : « **ما لا** يملكه أحدٌ من الناس يُعرف صنفان : **أحدهما ـ ما مضىٰ** ، ولا يملكه إلا بما يستحدثه فيه ، **والثاني** ـ ما لا تُطلب المنفعة فيه إلا بشيء يجعل فيه »[٢] ، عَنَىٰ بالأول المواتَ ؛ فإنه غير مملوك قبل الإحياء ، وإنما يملكه المحيي بأن يجعل فيه شيئاً ، [وعنىٰ][٣] بالثاني المعدن ، غيرَ أنه غَلِط ، إذ قال : « لا تُطلب المنفعة فيه إلا بشيءٍ يُجعل فيه » وهـٰذا والأول واحدٌ . **والشافعي** قال : «والثاني ـ ما تُطلب منفعتُه ، لا بشيء يجعل فيه ، وهـٰذا صفة المعادن»[٤] .

٥٦١٠ـ ثم مقصودُ هـٰذا الباب الكلامُ في المعادن الظاهرة ، ونحن نقول : المعادن تنقسم ، فمنها كامنة ، وفيها بابٌ معقودٌ سيأتي، إن شاء الله تعالىٰ ، ومنها ظاهرة ، والكلام/ يتعلق بتصوّرها ، ثم بيان الحكم فيها . ش ١٩١

فأما القول في تصويرها : فالمعادن الظاهرة هي التي نيلُها ظاهر بادٍ ، لا حاجة إلىٰ عملٍ في إظهار نيلها ، ثم قد يسهل أخذُ نيلها علىٰ يُسر ، وقد يعاني الآخذ بعضَ المشقة في الأخذ ، لا في إظهار النَّيل ، والقسمان جميعاً من المعادن الظاهرة ، فمنها معدن

---

(١) ر . المختصر : ٣/١٠٨ .
(٢) السابق نفسه .
(٣) في الأصل : وعين .
(٤) عبارة الشافعي في (الأم) بهـٰذا النص: «والثاني ـ ما تطلب المنفعة منه نفسه ليخلص إليها، لا شيء يجعل فيه من غيره، وذلك المعادنُ» ا. هـ (الأم: ٣/ ٢٦٥).

الملح ، وهو ينقسم إلىٰ ما ينعقد من ماءٍ ظاهرٍ ، وإلىٰ ما يُلفىٰ في الجبال ظاهراً من غير حاجة إلىٰ إظهاره بتنحية التراب والأحجار عنه ، والقِيرُ[١] ظاهر ، وكذلك النِّفْطُ[٢] ، والكبريت، والموميا[٣] . ويلتحق بالمعادن الظاهرة المياه العِدّة ، وهي العيون والأودية، ومن المعادن الظاهرة الأحجار ذوات المنافع الخاصة ، كأحجار الأرْحية ، وأحجار البَرام[٤] ، فإذا كانت ظاهرةً ، فهي من المعادن الظاهرة ، وإن كان يتعب آخذها باحتفارها وقلعها ، وألحق الأئمة بالظاهر ما لو ظهر في مسيل الماء ذهبٌ أو غيره من الجواهر المطلوبة ، مما يجرفه[٥] السيل وسال به ، وأظهره ، فهو الآن بمثابة المعادن الظاهرة .

هـٰذا بيان التصوير .

٥٦١١ـ فأما الحُكم ، فالأصل في الباب أن هـٰذه المعادن مشتركة بين الناس لا يتطرق إليها اختصاصٌ بمالكٍ[٦] بوجهٍ ، ولا يتطرق إليها تخصيصٌ بإقطاعٍ ، بل الخلقُ فيها شَرَعٌ ، وهي فوضىٰ بينهم لا تحجّر فيها ، ولا تملك ، ولا إقطاعَ ، والأصل في ذلك مع الإجماع ما روي أن أبيض بنَ حمال استقطع رسول الله صلى الله عليه وسلم ملحَ مأرب ، فأقطعه إياه ، أو أراد ، فقيل : يا رسول الله إنه كالماء العِدّ ، فقال عليه السلام : « **فلا إذاً** »[٧] ، وإنما همَّ عليه السلام بالإقطاع لأنه لم يحسبه

(١) القير : هو القار ، وهو لغةٌ فيه . (المصباح) .
(٢) النِّفْطُ : بالفتح أجود ، وقيل الكسر أجود (المصباح) .
(٣) الموميا : مادة شمعية توجد في الجبال ، وهي لفظة فارسية . (المعجم الفارسي العربي الجامع ، لواضعه حسين مجيب المصري) .
(٤) البَرام : بفتح الباء جمع بُرمة ، وهي القدر من الحجارة (المعجم) .
(٥) في (د١) ، (ت٣) جرىٰ . وساغ هنا عطف الماضي على المضارع ؛ لأن الشرط اتحاد المعطوف ، والمعطوف عليه زماناً ، وإن اختلفا في النوع ، فالفعل (يجرفه) بمعنىٰ (جرفه) ، ومثاله قوله تعالىٰ : ﴿ يَقْدُمُ قَوْمَهُۥ يَوْمَ ٱلْقِيَـٰمَةِ فَأَوْرَدَهُمُ ٱلنَّارَ ﴾ [هود : ٩٨] فالفعلان يتحققان في المستقبل ، فهما متحدان في الزمن ، وإن اختلفا في النوع (ر . النحو الوافي : ٣/ ٦٢١) .
(٦) (د١) ، (ت٣) : تملك .
(٧) حديث أبيض بن حمال : رواه الشافعي في الأم: ٣/ ٢٦٥ ، وأبو داود : الخراج والإمارة والفيء ، باب في إقطاع الأرضين : ٣٠٦٤ ، والترمذي : الأحكام ، باب ما جاء في القطائع : =

ظاهراً ، وقدّره من المعادن الكامنة ، فلما تبيّن له ظهوره ، أبىٰ من الإقطاع .

٥٦١٢ـ فإذا تمهد ما ذكرناه من حقيقة الاشتراك فيها ، [فللسّابق إليها حقٌّ][1] لا ينكر، وقال الأئمة: من سبق إلىٰ معدنٍ[2] من هـٰذه المعادن، فهو أحق بها حتىٰ يستوفي حقَّه ، لا يزاحمه من يلحقه ، وهـٰذا لا موقف فيه يقف الفقيه عنده ، ولا توقيف من جهة الشرع يُنتهَىٰ إليه ، غيرَ أنا نعلم أن السابق لِحَقِّ سبقه مزيّةٌ ، فلو قال الذي يلحقه : نشترك في أَخْذِ النّيل ، فيأخذ وآخُذ ، قيل : هـٰذا إبطالٌ لِحَقِّ السبق ، وقد اتفق العلماء علىٰ ثبوته ، وهـٰذا بمثابة إثباتهم حقَّ السبق لمن يسبق إلىٰ مجلس القاضي؛ فإنه يُقدّم بحكومته لحق سبقه، وكذلك السابق إلى المفتي، والعالم المعلِّم[3].

ي ١٩٢ ولو قال السابق : أُوقر من نيل المعدن أوقاراً كثيرة وأرُدّ الحُمُرَ/ ذاهبة وجائية ، وأنا في ذلك لا أبرح حتىٰ أقضي وطري ، قلنا : ليس لك إلا ما يقتضيه العرفُ لأمثالك إذا سبق ، فلك ما يعتاده السابق الذي يبغي الرفعَ والانكفافَ ، ولا عليك لو [استعنت][4] على الاعتياد ، فأما ترديد الدواب، فمحاولةٌ للاختصاص بالمعدن ، ثم لا ضبط في جهة النهاية ، وهـٰذا كما أن السابق إلىٰ مجلس القاضي لا يقدّم إلا بحكومةٍ [واحدةٍ][5] ؛ إذ هـٰذا هو المعتاد في المجلس الواحد بلا مزيدٍ .

ولو تكلّف السابق إلى المعدِن جمْعَ مائة حمار فصاعداً ، وهـٰذا لا يعتاده الرجل السابق إلى المعدن ، لم يمكّن من هـٰذا ، فليس له إذاً إلا ما يليق به . لا يزاحمُ في

=
١٣٨٠ ، والنسائي في الكبرىٰ : إحياء الموات باب الإقطاع : ٥٧٦٤ـ٥٧٦٨ ، وابن ماجه : الرهون باب إقطاع الأنهار والعيون : ٢٤٧٥ ، والدارقطني : ٤/ ٢٢١ ، والبيهقي : ٦/ ١٤٩ . ر . التلخيص : ٣/ ١٤٢ ح١٣٣٧ .

(١) في الأصل : « فالسبق فيها حكم لا ينكر » ، و(د١) : « فللتسبيق إليها حق لا ينكر » ، وفي (ت٣) : « فلنسق إليها حتىٰ لا تنكر » . والمثبت تصرف من المحقق ، علىٰ ضوء السياق والسباق .

(٢) «المعدن» يستخدم في هـٰذا الباب بمعنى ما يُسمّى (المنجم) عندنا الآن، فهو مكان استخراج المعادن. وما يستخرج من (المعدِن) هو الذي يُسمّيه هنا (النَّيْل).

(٣) في الأصل : والعالم إلى المعلّم .

(٤) في الأصل : أسبغت .

(٥) ساقطة من الأصل .

النَّيْل حتىٰ يستوفيه ، وأثر سبقه أن يتخفف ويأخذ اللائق بحاله ، علىٰ قربٍ من غير مزاحمة ، فإذا فعل ، لم نمنعه من أخذ النيل أيضاً ، ولـٰكنه يزاحمه غيرُه ؛ فإنه استوفىٰ حقَّ سبقه ، وصار في الزائد عليه كغيره ، فلو عكف على المعدن ، وكان لا يبرح ، ولا يمتنع من أن يزاحَم ، ولـٰكن كان يأخذ مع الآخذين ، فالمذهب أنه لا يُمنع منه .

٥٦١٣ـ وذهب بعضُ الأصحاب إلىٰ أنه يُمنع ويُنحَّىٰ ؛ فإنه في عكوفه مجاوزٌ لعادة الآخذين من نيل المعدن ، والأصح الأول ؛ فإن الازدحام غير منكر في نيل المعادن ، ولو كان يبتكر إلى المعدن كلَّ يوم ، أو كان يبعث إليه غلمانه [يتناوبون](1) ، فلا منعَ .

٥٦١٤ـ ولو استبق رجلان إلى المعدن ، فإن استمْكنا من الاشتراك في أخذ النيل ، اشتركا فيه ، وإن ضاق مدخل المعدن(2) ، ففي المسألة **وجهان** :

أحدهما ـ أنه يُقرع بينهما ، فمن خرجت قرعته ، قُدّم ، فيستوفي حقَّه علىٰ ما فسرناه في حق السابق ، والقرعة تُلحقه بالسابق ، كما(3) إذا ازدحم رجلان علىٰ مجلس القاضي ، فإنا نقرع بينهما ، فمن خرجت قرعته ، قدم ، كما نُقدِّم السابق .

والوجه الثاني ـ أن الإمام يقدّم بالاجتهاد أحدَهما ، من غير قرعة .

وذكر أصحابنا مسلكاً **ثالثاً** ، فقالوا : ينصب القاضي من ينوب عنهما ، ويأخذ قدرَ ما يحتاجان إليه ، ويقسم بينهما .

وهـٰذه الأوجه تحتاج إلىٰ مزيد بحث . أما وجه القرعة ، فبيِّنٌ ، وأما تقديم القاضي ، فليس يستند إلىٰ تَشَهٍّ(4) ، وإلىٰ وفاقٍ في انطلاق اللسان ، وإنما يرجع إلىٰ رأيٍ ، فإن خفي ، مثل أن يرىٰ أحدَهما أفقر وأضيق وقتاً ، فيقدمه لهـٰذا ، فإن استويا عنده ، اضطر إلى القرعة ، إذا دام نزاعُهما .

ثم ما أشرنا إليه من وجوه الرأي لا يجوز أن يستمسك به المستبقان ؛ فإن الرأي يدِق فيه ، فهو مفوضٌ إلىٰ من إليه الأمر ، وأما ما ذكره بعض أصحابنا وجهاً ثالثاً من

---

(1) في الأصل : يتناولون .
(2) أي فتحةُ المنجم، كما فسرناه في التعليق آنفاً.
(3) (د١) ، (ت٣) : فلما .
(4) (د١) ، (ت٣) : تشبه .

ش ١٩٢ استنابة إنسان ، فهـٰذا إذا وجدنا متبرعاً ، أو/ رضيا بأن يستأجرا ، فإن لم يرضيا ، ولم نجد متبرعاً ، فالقرعةُ ، فهي إذاً مآل كل مسلك ، وهي [المفتتح](١) في الوجه الأول .

٥٦١٥ـ ومن تمام البيان في ذلك أنهما إذا استبقا ، والنَّيلُ غيرُ عزيزٍ ، فلو أخذا يبتدران النيلَ ، فقد يأخذ أحدهما أكثر ، فيُمنع من هـٰذا ، فليس الأمر [بالتسالب](٢) ، وليس [كتناهب](٣) اللاقطين ، [لما يُنثر](٤) ؛ فإنّ قصد الناثر أن يبتدره المتناهبون ، والشرع يشير إلى الانتصاف ، فإذا تنازعا ، وقد ضاق النيل(٥) ، فالتسوية ، إلا أن يتسامحا .

٥٦١٦ـ ومما يتصل بذلك أن العين العِدّ لو احتفّ به ناسٌ سبقوا إليه ، واتخذوا بساتينَ ومزارعَ ، وكان الماء كافياً ، وافياً ، من غير مزيد ، فلو لحق لاحقٌ ، واستحدث بستاناً ، أو مزرعةً ، وأراد أن يَشْرِكَ السابقين ، ولو فعل لضاق الماء ، وقَصَر عن البساتين ، فالقدماء أولىٰ بحق السبق ، ولـٰكن السبق في هـٰذا النوع من الانتفاع لا يُزال ، ولا يتصور التناوب فيه ، بخلاف السبق إلى النَّيْل الذي يوجد من المعدن ، وفي هـٰذا مزيد كشفٍ سأذكره، إن شاء الله عز وجل ـ في البئر التي تحفر في المفازة ؛ إذا فصَّلنا القول في فضل مائها .

هـٰذا منتهى الكلام في المعادن الظاهرة ، تصويراً ، وحكماً .

٥٦١٧ـ ثم قال الأئمة : إذا عمد الرجل إلىٰ أرضٍ علىٰ [الساحل](٦) ، وسوّاها ، واحتفر فيها حفيرةً يدخل الماء إليها ، وينعقد الملح ، فهـٰذا مما يختص به العامر المحتفر ، هـٰكذا قال الأصحاب .

والوجه أن نقول : إن كان يبغي بالعمل على الأرض إحياءها لمقصودٍ ، فسبق إليها

---

(١) ساقطة من الأصل .
(٢) في الأصل حُرّفت إلىٰ : بالتنالب .
(٣) في الأصل : كناهب .
(٤) ساقط من الأصل .
(٥) (د١) ، (ت٣) : البناء .
(٦) في الأصل : التناحل .

الماء ، وانعقد الملح ، فلا شك أنه يختص بذلك الملح الحاصل ، وسنوضّح أن من أحيا أرضاً ، فظهر فيها معدن من المعادن الكامنة ، فمُحيي الأرض مالكه .

٥٦١٨ـ ولو احتفر الأرض على الساحل ، وقصد بما يفعله جذبَ الماء لينعقد الملح ، فهـٰذا في التحقيق أخذٌ من النَّيْل العام ، علىٰ جهة الاختصاص .

فالوجه فيه أن يقال : إن كان بالقرب من مملحةٍ ينعقد الملح فيه[١] ، فإن احتفر حفيرةً ، وجرَّ شيئاً من الماء ، فهو مزاحَمٌ [فيه إن أراد أن يبقىٰ له دائماً ، وقد يُميل إليه جملةَ المملحة ، فاحتفاره كأخذه][٢] من النيل ، وقد مضى الأخذ مفصَّلاً ، فالاحتفارُ طريقٌ في الأخْذ فدائمُه كدائمه ، وما يحصل شيئاً فشيئاً [كالأخذ][٣] المقطّع من المعدن .

ولو احتفر الأرضَ علىٰ شط البحر ، والبحر ليس [مملحة][٤] ، ولا ينعقد الملح فيه أبداً ، ولـٰكن إذا فتح منه فتحات ضيقة ، إلىٰ سَبْحة[٥] ، انعقد الملح منه علىٰ قرب ، فإذا فعل الفاعل هـٰذا ، اختص ، ولم يزاحَم ، فكان بما فعله كاسباً منفعةً بجهةٍ في إحياء الأرض ، كالزارع والغارس وغيرهما . هـٰذا تفصيل ما أبهمه الأصحاب .

* * *

---

(١) كذا في النسخ الثلاث، بضمير المذكر، ولها وجهٌ أشرنا إلى مثله كثيراً.
(٢) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .
(٣) في الأصل : كأخذ .
(٤) في الأصل محرفة إلىٰ : ممكنة .
(٥) كذا بالأصل ، بالحاء المهملة ، فقد رسم تحتها (حاءً) صغيرة علامة علىٰ إهمالها ، وهي بمعنى الحفرة ، من سبَحَ فلانٌ في الأرض : حفر . (المعجم) .
وفي (د١) ، (ت٣) : سبْخَة ، بالخاء المعجمة ، وهي أرضٌ ذات ملحٍ ونزّ ، لا تكاد تنبت . (المعجم) وكلا المعنيين يستقيم به الكلام ، والله أعلم أيهما أراد المؤلف رضي الله عنه .

باب
تفريع القطائع/

ي ١٩٣

٥٦١٩ـ مقصود الباب الكلام في مقاعد الأسواق وما يتعلق بها ويُدانيها ، فالأصل في الشوارع المرورُ والاستطراقُ . وكلُّ ما يضيّق على المارة ، فهو ممنوعٌ ؛ فإن الشوارع مقصودُها مضطرَبُ الناس في الذهاب والمجيء .

فإن اتسع الشارع ، وقلّ الطارقون بالإضافة إليه ، فلا يمتنع أن يقعد القاعد في وسط الشارع ، أو في جانبٍ إذا وجد الطارقون سبيلاً[1] عن مقعده ، علىٰ يُسرٍ ، وليس للطارق أن يقول : لا أبغي الطروق إلا في مقعدك ، وموضِع جلوسك ؛ فإنا وإن حكمنا بأن الشارع للإطراق ، فلسنا ننكر حقوق الكائنين [وهم][2] وقوفٌ أو قعود ، غيرَ أن الطروق أولىٰ إذا ضاق المسلك .

فخرج من ذلك أن من جلس غير مضيِّقٍ على المارة ، وتخيَّر مقعداً يبيع فيه ويشتري ، فلا منعَ ، وإذا سبقَ إليه ، لم يزاحمه غيرُه .

ولا حاجة إلى استئذان الوالي ؛ فإنه من حقوق الطريق ، فأشبه المرورَ .

٥٦٢٠ـ والاختصاصُ بالبقعة التي يتخيّرها بمثابة اختصاص المحيي بالإحياء قطعةً من الموات ، بيدَ أَنَّ المُحْيي يملك ما يُحييه ، ومن يتخيّر مقعداً لا يملكه ؛ فإن الشارع تعلّق به حقوقُ الناس قبل أن تخيَّر القاعدُ مجلسَه ، فقيل : لا مطمع في الملك مع العلم بتأكد حق الطروق ، وقد يزدحم الناس ، ويضيق الشارع ، ولـٰكن إن لم يضق ، فلا ننكر اختصاص السابق إلى المكان الذي تخيّره ، كما سنصفه .

٥٦٢١ـ فنقول : من حقه ألا يُزعَج مادام فيه ، ولا يُضيّقَ عليه في مجلسه ، فلو

---

(١) (د١) ، (ت٣) : مميلاً .

(٢) في الأصل كلمة غير مقروءة صورتها هـٰكذا : (تؤهم) .

جلس جالس أمامه أو بالقرب منه ، بحيث يتعذر عليه انبساطُه في الكيل والوزن والإعطاء والأخذ ، كان ذلك تزاحماً ممنوعاً ، فإنا إذا أثبتنا للسابق إلى المقعد حقّاً ، فقد التزمنا توفيرَه عليه ، وهـٰذا يُثبت لمقعده حريماً ، والمحكَّمُ في مثله العادةُ .

وذكر بعضُ من لم يُحط بحقيقة ذلك شيئاً أَشْعَرَ بذهوله ، فقال : لو جلس بجنبه من يمنع المساومين معه ، لم نتركه[1] ، وهـٰذا ليس بشيءٍ ؛ فإنه جارٍ في الدكاكين المملوكة ، فلا تزيد المقاعد عليها ، وإنما المرعي ما نبهنا عليه من الانبساط ، مع الرجوع إلى العادة ، وقد يختلف بكثرة القاعدين ، وضيق المقاعد ؛ فإن أصحابها يتضامّون إذا كثروا ، ويتوسعون إذا قلّوا ، وموجب الشرع الحملُ علىٰ أحسن المراشد في العوائد .

٥٦٢٢ـ ومن تخيّر بقعةً ، وجعلناه أولىٰ بها ، فإنه يُزايلها ليلاً ، وهو أولىٰ بها ، إذا كان ينتابها ، ولا يسوغ لسابقٍ أن يسبق إلىٰ مجلسه لتخلّل قيامه ، وليس ذلك بمثابة المعادن الظاهرة ؛ فإنها/ لا تتعين لمنتابٍ ؛ إذْ مبناها على الاشتراك ، وليس فيها حق الاختصاص إلا علىٰ قدرٍ ذكرناه في السابق ، ومبنى المقاعد على الاختصاص . ١٩٣ ش

ثم المتبع فيه الاعتيادُ ، ومن يتخيّر مقعداً يبيع فيه ويشتري ، أو يحترف ، فغرضه الأظهر أن يظهر مكانُه ، حتىٰ يعرفَه المعاملون ، وهو الركن الأعظم في المكاسب ، فإذا كان هـٰذا هو المقصود في تعيين المقاعد ، فلا بد من الوفاء به .

٥٦٢٣ـ وأنا أقول : لو جلس الجالس في بقعةٍ ، ولم يضيِّق على الطارقين ، لم يُزعَج ، وإذا لم يكن له غرضٌ كما نصصنا عليه ، فليس له حقُّ العوْد إلىٰ ذلك المكان ، حتىٰ يقالَ لو سبق إليه سابق ، لم يكن له ذلك ؛ إذ لا غرض للجالس فيه ؛ حتىٰ يقالَ : يتعطل غرضه بتفويت مجلسه .

٥٦٢٤ـ ثم إذا عيّنّا المقعد لذي الغرض الصحيح ، فلو استأخر يوماً ويومين ، لم ينقطع حقه عن المقعد ، سواء كان معذوراً أو غير معذور ، وإن طال الزمان وتمادى

---

(١) المعنى لو جلس بجواره من ينافسه في بضاعته نفسها، فيجذب المساومين والمبتاعين ويمنعهم بجلوسه عن الشراء منه، لم نتركه.

ووجه الذهول والخلل في هـٰذا الكلام، أن هـٰذا التنافس بين المتجاورين موجودٌ في الدكاكين المملوكة، والاختصاص بالمقاعد لايمكن أن يزيد على الدكاكين المملوكة.

الفصل ، لم يعطِّل المقعد ، وكان للغير السبقُ إليه . وكذلك إذا غاب غيبةً بعيدةً .

هـٰذا ما أطلقه الأصحاب ، وما ذكروه كلام مرسل [ومقصودنا][1] ضبطُه ، ولم يهتم به أئمةُ المذهب ، ولم يُعملوا فيه وفي أمثاله القرائحَ الذكيةَ ، واكتفى الناقلون عنهم بظواهر الأمور ، وانضم إليه قلة الاعتناء[2] بالبحث ، فصار أمثال ذلك عماية عمياء ، والموفق من يهتدي إلى المأخذ الأعلىٰ[3] ؛ فإن مذهب إمامنا **الشافعي** تَدْواره على الأصول ، ومآخذ الشريعة .

٥٦٢٤/ م- وأنا أقول مستعيناً بالله تعالىٰ : إن أضرب صاحبُ المقعد ، وتبيّن إضرابه ، بطل حقُّه علىٰ قربٍ من الزمان ، وذلك بأن يَبْذُل مجلسَه لغيره ، أو يتخذ مقعداً آخر ، وأخذ ينتابه ، فيتبين إضرابُه عن الأول .

هـٰذا مسلك في بطلان اختصاصه بالمقعد الذي تخيره .

وإن لم يفعل ذلك ، ولـٰكن وُجد يختلف بعذر أو بغير عذر ، فالذي ذكره الأصحاب فيما[4] لا يُبطِل حقَّه اليومَ[5] واليومين ، ولو روجعوا في الثلاثة والأربعة ، لاسترسلوا عليها ، ولا يمكننا أن نقول : المعتبر الزمن الذي يدل مثله على الإضراب ، فإن المريض المعذور إذا طال زمانُه غيرُ مضرب ، ويبطلُ حقُّه ، وكذلك من استفزَّه سفرٌ ، لم يجد منه بداً ، فحاله يُظهر عدمَ إضرابه ، فالوجه أن يقال : لا حقَّ في [تعيُّن][6] المقعد إلا أن يُعرف فيعامل ، وإلا فمقعد كمقعد ، فكل زمانٍ يظهر فيه انخرامُ الغرض ، ففيه سقوطُ حقه ، فإذا طال انقطاعه ، انقطع أُلاّفُه ، واستفتحوا المعاملةَ مع غيره ، فينقطع غرضُه ، في تعيّن المقعد[7] .

ي ١٩٤ ولهـٰذا/ لم نفصل بين المعذور وغيره، فإذا عاد، كان كمن يتخيّر مقعداً على الابتداء.

---

(١) في الأصل : ومقصوده .
(٢) (د١) ، (ت٣) : قلة الرغبات في البحث .
(٣) (د١) ، (ت٣) : الأصلي .
(٤) (د١) ، (ت٣) : فيها أنه لا يبطل .
(٥) اليومَ (مفعول ذكره) ، وفاعل (يبطل) ضمير مستتر .
(٦) في الأصل « تعلّق » . وآثرنا هـٰذه لمّا رأيناه في نسخة الأصل في السطور التالية .
(٧) عبارة (د١) : فينقطع غرضه ، فينقطع حقه في تعين المقعد .

ولو كان ينتاب تلك البقعة ، فاتفق استئخاره مدة ، لا ينقطع بمثلها حقُّه ، فلو جلس جالسٌ علىٰ مقعده بانياً علىٰ أن ينزعج إذا عاد ، ويسلِّم له مقعده ، فظاهر المذهب أنه لا يُمنع ، ويحتمل أن يقال : يمنع ؛ لأن هـٰذا يُظهر لألّافه ما يُظهره الزمانُ الطويل في الانقطاع .

فأما القعود في غير أوقات المعاملة ، فلا بأس ، والقعود في أوقات المعاملة لغير المعاملة ، فلا بأس به .

فهـٰذا هو الممكن في ضبط ذلك .

٥٦٢٥ـ وإن طرأت حالة يتقابل فيها الظنان في انقطاع الغرض وبقائه ، فلعل الظاهر بقاءُ حقِّه ودوامُه .

٥٦٢٦ـ ثم أحدث الأصحاب فنّاً من الكلام ، فقالوا : إذا طال عَوْد الرجل إلىٰ مقعدٍ واحد ، فهل يُزعج عنه ، ويقال له : تنحَّ وتخيّر مقعداً آخر ؟

ذكر نقلةُ المذهب وجهين في ذلك ، واعتبروهما بالوجهين في العاكف على المعدن العِدّ ، إذا طال مقامُه عليه ، وهو في ذلك دائبٌ في أخذ النَّيْل .

٥٦٢٧ـ ونحن نقول : أما الخلاف في تنحية من يُطيل [عكوفه][(١)] على المعدن ، فمأخوذ من طلبه الانفرادَ بما يأخذه من النّيْل ، وخروجه عن العادة العامة في تقرير المعادن الظاهرة على الاشتراك والتناوب ، فأما الخلاف في إزعاج من يتخيّر مقعداً من الشارع فبعيدٌ جدّاً ، وهو موضوعُ الباب ؛ فإن الغرض الذي يُدار عليه تخيّرُ المقاعد ما أشرنا إليه من ظهور الأُلاَّف ، وكثرةِ المعارف في المعاملة ، وفي تنحيته ، وإزعاجه إبطالُ هـٰذا الغرض ، فأَخْذُ النيل على التناوب ، وتخيّر المقاعد علىٰ نقيض ذلك ؛ فإن الناس لو تناوبوا عليها ، لبطلت أغراض الجميع فيها .

فإذا لاح ما ذكرناه من التنبيه ، فالوجه في تنزيل الخلاف المأثور عن الأصحاب في المقاعد أن نقول :

---

(١) في الأصل : وقوفه .

إن اتسعت المقاعد واستوت الأغراض في أعيانها ، وتخيّر كلٌّ مجلساً ينتابه ، ويأوي إليه ، فلا معنىٰ لتنحيته والتبادلِ[1] ، والحالةُ هـٰذه ؛ فإن ذلك يُبطل أغراضَ الكافَّة . وإن ضاقت المجالس ، وكثر المزدحمون ، فيظهر إذْ ذاك الخلافُ بعضَ الظهور ، ثم وجه التقريب فيه أَنَّ من طال انتيابُه بقعةً ، وظهر انتفاعه بسبب جلوسه فيه ، وهو مطلوبٌ من غيره في الصورة التي ذكرناها ، فقد يقال : مبنىٰ هـٰذه البقاع على الاشتراك ، فإذا اكتسبْتَ بسبب الجلوس في بقعةٍ منها مالاً ، فسلِّمْها إلىٰ غيرك ، وهـٰذا يناظر ما ذكرناه في المعادن ، غيرَ أن نيْل المعدن العِدّ عتيدٌ يوجد ، والمنفعة المطلوبة من [المقاعد][2] لا تظهر إلا علىٰ طول/ الزمان ، [فالنُّوَبُ][3] في الأصلين تتفاوت طولاً وقصراً ، والمعنَىٰ هو المتبع في كل صنف . ش ١٩٤

ثم لا نظر إلى اتساع المتاجر والمكاسب علىٰ أصحاب المقاعد ؛ فإن ذلك أرزاقٌ ، فمن محظوظٍ فيها ، ومن محروم ، ولـٰكنّ الاعتبارَ بالزمان الذي يتسع في مثله المتجر والمكسب على المرزوق . وهـٰذا تفصيلٌ لا بد منه .

٥٦٢٨- وذهب بعضُ الأصحاب في ذكر الخلاف مذهباً آخر، أشار إليه صاحب **التقريب** ، وغيرُه ، فزعموا : أن الغرض من تنحية من ينتاب مقعداً إذا طال الزمان أن يخرج عن مضاهاة المتملّكين ، فقد يدعي علىٰ طول المدىٰ ملكَ البقعة .

وهـٰذا ركيك ، لا أصل له ؛ فإن الشوارع ، وإن طال المدىٰ عليها لا يَنسَىٰ حُكمَها المحتفون بها ، ولو صح هـٰذا المعنىٰ ، لوجب سدُّ طريق لزوم المقاعد جملةً ، لما أشار إليه هـٰذا القائل ، فلا أصل لهـٰذا إذاً ، وإنما التَّدْوار علىٰ ما ذكرناه .

ثم قدمنا أن الأصل أن العاكف على المعدن العِد لا ينحَّىٰ ، والوجه الآخر ضعيفٌ جداً ، ثم وقع الخلاف في تنحية من تخيَّر[4] مقعداً أبعد ، فتضاعف الضعفُ . ثم إن أردْنا التشوفَ إلىٰ ضبطٍ في الزمان الذي تقع التنحية بعده ، لم نجد إليه سبيلاً ، مع

---

(١) أي تبادل المقاعد .
(٢) في الأصل : القاعد .
(٣) في الأصل : فالأمر .
(٤) (د١) ، (ت٣) : في تنحية أصحاب المقاعد .

اختلاف المكاسب ، وأحوال الناس في البلاد ، وغايتُنا إن أردنا ذلك تحكيمُ العرف ، واتخاذُ الزمان الذي يتسع المكسبُ فيه معتمداً .

٥٦٢٩ـ ثم مما يتعين ذكره في هـٰذا المقام أن الذي صار إليه معظم الأصحاب أن الوالي لو أراد أن يُقطع المقاعد ، فله ذلك ، كما له أن يُقطع المواتَ مَنْ يُحييه .

وذكر صاحب التقريب والشيخ أبو علي ، ومعظمُ الأئمة وجهاً آخر في أن الإقطاع في المقاعد لا ثبات له ، وإنما جريانه فيما يفيد التسببَ إلى التملك ؛ فإن الأمر فيه يعظم خطره .

٥٦٣٠ـ وللاجتهاد مساغٌ ، فالمحل محل التنافس ، والأظهر جريانُ الإقطاع لإمكان التنافس في المقاعد ، ولـٰكن التنافس المجردَ لا يصلح للاعتماد مع إمكان جريانه في المعادن العِدة الظاهرة ، وقد أجمع الأصحابُ ، وشهد الخبرُ علىٰ أنه لا يجري الإقطاع فيها ، [فالتعويل][1] إذاً علىٰ تطرّق الاجتهاد في الأمر المطلوب ، وأمر المعادن العِدة ظاهر ، فلم يجر فيه الإقطاع ، وأما الموات ، ففي كونه مواتاً ، ثم في كونه خارجاً عن حقوق الأملاك نظرٌ بيّنٌ ، والاجتهاد يظهر في المقاعد من جهة أنها هل تُضيِّق على الطارقين ، أم كيف السبيل فيها ؟ ثم إن أجرينا الإقطاع أوّلاً ، فلا كلام ، وإن لم نُجْره ، تعين مراجعة الوالي في تنحية من نُنحِّي إذا رأينا ذلك مذهباً ، حتىٰ لا يُفضي الأمرُ إلى التجاذب ، والاجتهاد يدِق مُدركُه في الاكتفاء بالمدة التي استوفاها/ من يُنحَّىٰ . ١٩٥ ي

هـٰذا هو الذي يظهر عندنا .

ولا يمتنع طرد الخلاف في ذلك أيضاً ؛ فإن التنافس متوقّع الجريان في الابتداء أيضاً ، مع ظهور الخلاف ، وغايتنا أن ننبّه علىٰ مسالك المعاني ، إذا عدمنا النقلَ في التفاصيل .

٥٦٣١ـ ومما يتعلق بمضمون الباب ، يلتحق به السبقُ إلى المواضع المعيّنة في الرباطات المسبّلة على السابلة .

---

(١) في الأصل : والتعويل .

فمن سبق إلىٰ بقعة ، لم يزاحم فيها ، وإن فرض استباق وازدحام ، فالأصل القرعةُ ، وقد ينقدح فيه تحكيم صاحب الأمر ، إن كان في الرُّفقة ، والأصل القرعةُ .

ثم من تخيّر لسكونه[1] بيتاً ، أو بقعة ، فلو زال عنها ، لم يُمنع من العوْد إليها ؛ فإن الحاجة قد تضطره إلى الانتشار في حوائجه ، ولا نظر إلى استخلافه على البقعة بعضَ خدمه وعبيده ، أو تركه فيها شيئاً من متاعه ، فقد لا يكون الرجل مخدوماً ، ثم المنفرد لا يمكنه أن يترك متاعَه ، وينتشرَ في مآربه ، فيكفي إذاً ما ذكرناه . هـٰذا في رباط السابلة .

٥٦٣٢ـ ولو جاوز من تخيّر البقعة الغرضَ الذي بُنيت البقعة له ، فأقام ، أُزعج ، إذا زاحمه نازلٌ يبغي أن ينزل ، ويرحل . و[قد][2] نقول : إذا ظهر أن البقعة مسبلة علىٰ من لا يُعرِّج[3] ، فلا تعريج ، وإن لم يكن زحمة ؛ فإنّ شرط الواقف متبع .

٥٦٣٣ـ ولو بنى الرجل رباطاً ، وهيأ فيه مساكن ، ووقفها علىٰ من يبغي السكونَ فيها ، فهـٰذا يخالف في وضعه رباط السابلة ، فلا يمتنع السكون .

ولـٰكن ذكر الأصحاب الخلافَ السابق في أن من يُطيل مدةَ الإقامة ، ويجاوز الحدَّ ، فهل يزعج ؟ وشبهوا هـٰذا بتنحية العاكف على المعدن العِدّ ، وهـٰذا لعمري متجهٌ ؛ من جهة أن في إطالة مدة الإقامة اختصاصاً بالبقعة ، [ومنعاً للأمثال من ذلك النوع من الانتفاع][4] .

ولمّا ذكر **القفال** هـٰذا الخلاف فلفظه في تصويره : أن من أقام سنين هل يزعج أم لا ؟ وهـٰذا لا ضبط له على التحقيق ، والممكن فيه أن البقعة إن بنيت لغرضٍ يحصّله

---

(١) لسكونه بيتاً : أي لسكنه حجرة من حجرات الرباط .

(٢) ساقطة من الأصل .

(٣) عرّج بالمكان أقام به ، والمعنىٰ : أنه قد نقول : « لا إقامة ، وإن لم يكن زحمة ، اتباعاً لشرط الواقف » .

وفي (د١) ، (ت٣) : مسبلة علىٰ ألا يزعج ، فلا يزعج . وهو عكس المعنى المقصود .

(٤) عبارة الأصل : « ومنعاً عن ذلك نوعاً من الانتفاع للأمثال » .

الساكنون فيه ، كالمدرسة المنسوبة إلى الطلبة ، فإذا حصّل ساكنُها الغرضَ ، تنحَّىٰ . وهـٰذا إن ظهر ، فهو مشكل فيما لم يربط بغرضٍ .

فإن صح المصير إلىٰ أن مدة الإجارة لا تزيد علىٰ سنة ،فهـٰذا القول حريٌّ بالاستعمال في هـٰذا المقام . وإن لم نصححه ـ وهو غير صحيح ـ فليس لنا مأخذٌ في هـٰذا الأصل ، ولا مرجعٌ إلا إلىٰ نظر الوالي ، وصاحب الأمر .

والموقفُ الأعظمُ على العلماء استعمالُ ما يجمعونه [في][1] آحاد الوقائع[2] إذا بُلوا بها ، وكان شيخي يشبّه هـٰذا بجمع الجامع العلومَ المخصوصةَ بفن الطب ، وهو هيّن علىٰ صاحب القريحة [والجد][3] ، وإذا أراد استعمالَ ما جمعه في معالجة الأشخاص ، عظم الأمر عليه فيها .

وإنما أحلنا ما انتهينا إليه إلىٰ ذي/ الأمر لتفاوت الناس في الحاجات ، واختلاف البقاع والأصقاع . ١٩٥ ش

والظاهر في هـٰذه الأبواب تركُ التنحية والإزعاج .

وما نحن فيه مفروضٌ فيه إذا أطلق المحبِّسُ التحبيسَ علىٰ من ذُكر[4] ، ولولا اتصالُ هـٰذا بالمصالح العامة ، لحذفنا الخلاف في هـٰذا المقام ؛ إذ لا خلاف أن من سبَّل بقعةً علىٰ سكون شخصٍ ، لم يُعترض عليه بالتنحية ، فذكْر منفعة السكون على الإطلاق بهـٰذه المثابة .

٥٦٣٤ـ وألحق الأئمة بما ذكرناه نزولَ المنتجِع قُطراً[5] من الصحراء ، وتركَه بهائمه تنتشر في مرابعها ، فلا سبيل إلىٰ إزعاج من يسبق إلىٰ مثل هـٰذه البقاع ، ولا سبيل إلىٰ مزاحمته بنشر المواشي في محل انتشار [ماشيته][6] إلا أن تكون الرياض

---

(١) في الأصل : (من) .
(٢) في (د١) ، (ت٣) : المسائل .
(٣) في الأصل : والحر . (وهي بدون نقط) .
(٤) في (د١) ، (ت٣) : يسكن .
(٥) قطراً : ناحيةً .
(٦) في الأصل : ما يثبته .

أُنُفاً[١] لا يظهر في أمثالها ضرارٌ من زحمة .

٥٦٣٥ـ وتكلم الأصحاب في تخيّر الإنسان مجلساً في المسجد ، فأجرىٰ بعضهم تخيّره مجرىٰ تخيّر المقاعد في الشوارع ، حتىٰ إذا ظهر ذلك من قصد سابقٍ إلى البقعة ، لم يزاحم فيها ، والمسجد مشترك كالشارع ، ومن ضرورة هـٰذا الحكم أنه إذا فارقها ، وعاد إليها ، كان أولىٰ بها ، على القياس الذي قدمناه في مقاعد الشارع .

وكان **شيخي** يأبىٰ هـٰذا علىٰ هـٰذا الوجه ، ووجدت **صاحب التقريب** علىٰ موافقته ، والأمر في ذلك مبتوتٌ عندي علىٰ هـٰذا الوجه ؛ فليس المسجد في ذلك كالشارع ؛ فإن ما ذكرناه من تخيّر البقاع في الشوارع محمولٌ علىٰ غرضٍ ظاهرٍ في المعاملة ، ولا يتحقق مثله في المساجد ، فبقاع المسجد تضاهي مجالس المتحدثين في الشوارع .

وكان **شيخي** يثبت أثر التعيين في الصلاة الواحدة ، إذا اتفق الخروج والعود ، ثم كان يحكي في ذلك **وجهين** أنه لو رعف بعد الشروع في الصلاة ، وخرج ليتهيّأ[٢] ، فإذا عاد ، لم يُزحم . وهـٰذا وجه .

والآخر أنه لو شهد المسجدَ قبل إقامة الصلاة في اتساع الوقت ، ثم أخرجته حاجةٌ ، فإذا عاد، كان أولىٰ بمجلسه . وهـٰذا أمثلُ .

ولا نستريب في انقطاع تصرّف الإمام عن [تعيين][٣] البقاع في المسجد وإقطاعها ؛ فإن المساجد لله ، والسبق فيها لمن سبق ، ولا يظهر في لزوم موضعٍ واحدٍ غرضٌ ، كما نصصنا عليه .

فهـٰذا منتهى الكلام في ضم النشر ، وإيضاح المقصود ، وقد صح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « **إذا قام أحدكم من مجلسه في المسجد ، فهو أحق به إذا عاد إليه** »[٤] .

* * *

---

(١) أنُفاً : بضم الهمزة والنون : أي جديدة ، لم تُرعَ من قبل ، ويوصف بها المذكر والمؤنث (المعجم) والمعنى المراد هنا : أنها خصبة وافية كافية لا يظهر فيها ازدحام .

(٢) (د١) ، (ت٣) : بسببها .

(٣) في الأصل : تغيير .

(٤) حديث : إذا قام أحدكم من مجلسه : رواه مسلم من حديث أبي هريرة رضي الله عنه دون التقييد =

باب
إقطاع المعادن وغيرها

قال الشافعي رحمه الله : « في إقطاع المعادن قولان : أحدهما ـ أنه يخالف إقطاع الأرض . . . إلى آخره »[(١)] .

٥٦٣٦ـ وقد أخل **المزني** في النقل ؛ فإنه نقل : « أحدهما أنه يخالف إقطاع الأرض » وإنما قال **الشافعي** : « أحدهما أنه لا يخالف إقطاع الأرض » ، فحذف **المزني** كلمة « لا » ، وجعل القولين واحداً ، وقد سئمنا/ تتبع كلامه[(٢)] . ١٩٦ ي

٥٦٣٧ـ فمقصود الباب القولُ في المعادن الكامنة التي يظهر نيلها بالعمل عليها ، ولو جدَّدْنا عهدنا بتراجم القول في محالّ الإقطاع نفياً وإثباتاً ، وخلافاً ووفاقاً ، لقلنا : الأراضي وما يتصل بها من **المعادن** والمقاعد **أربعةُ أقسام** :

أحدها ـ ما يملك بالعمل فيها ، وللإمام أن يُقطع ، ويصير المقطَع أحقَّ بمحل الإقطاع كالمتحجر .

= بالمسجد . (ر . مسلم : كتاب السلام ، باب إذا قام من مجلسه ثم عاد فهو أحق به ، ح٢١٧٩) . قال الحافظ : وقد أورده بالزيادة إمام الحرمين في النهاية وصححه ، وأقره في الروضة علىٰ ذلك . ر . التلخيص :(٣/ ١٤٢ ح ١٣٣٥) .

(١) ر . المختصر : ٣/ ١١٠ .

(٢) في طبعة المختصر التي معنا (بهامش الأم) مصداقٌ لكلام إمام الحرمين ؛ فقد أسقط المزني فعلاً لفظ (لا) ثم ذكر بعد ذلك القولَ بمخالفة إقطاع المعادن لإقطاع الأرض ، وبذلك (فعلاً) جعل القولين قولاً واحداً ، وهو مخالفة إقطاع المعادن لإقطاع الأرض . (ر . المختصر : الموضع السابق نفسه) .

ولـٰكن الذي يستحق أن يذكر هنا هو هـٰذا التعقب من إمام الحرمين للمزني ، ووصفه (بالغلط) علىٰ حين نجده عند النقل عن كثير من الأئمة يعزو أخطاءهم إلى النقلة عنهم ، فيقول مثلاً : « وما أرىٰ هـٰذا إلا من غلط الناقلين عنه » . فلماذا المزني ؟ ؟

والثاني ـ ما لا مدخل للإقطاع فيه أصلاً ، وهو المعادن الظاهرة ، ويلتحق بها مقاعد المساجد .

والثالث ـ ما لا يملك ، وفي جريان الإقطاع فيه خلاف ، [وهو المقاعد في الشوارع ، والأظهر جريان الإقطاع .

والرابع ـ ما اختلف القول في جريان الإقطاع فيه](١) وهو المعادن الكامنة .

٥٦٣٨ـ والأولىٰ في ضبط ما يجري فيه الإقطاع ، وما لا يجري ، وما يختلف فيه المذهبُ أن نقول : إذا كان المطلوب تملك مباحٍ ، وهو في محل الاجتهاد ، فالإقطاع يجري فيه قولاً واحداً ، وهو الموات ، كما قدمناه ؛ فإن الملك هو الاختصاص الأكبر ، فيجوز أن يؤثّر فيه تخصيص الوالي ، وما لا يتصور فيه اختصاص الملك ، ولا اختصاصُ الانتفاع ، فلا معنىٰ للإقطاع فيه وهو المعادن الظاهرة العِدة . وما يجري فيه الاختصاص من غير تملك ، ففي جريان الإقطاع فيه خلاف ، كما ذكرناه في المقاعد .

والمعادنُ [الكامنة](٢) ينبني أمرها في الإقطاع علىٰ أن العامل عليها هل يملكها ؟ فإن قلنا : يملك العامل رقابها ، فيجري الإقطاعُ فيها كالموات ، وإن قلنا : لا يملك العامل رقبة المعدن ، ولـٰكنه يختص به ، كما سنصفه ، فهل يجري الإقطاع فيها ؟ فعلى الخلاف .

فهـٰذا تفصيل القول في الإقطاع .

٥٦٣٩ـ ثم نبتدىء فنصف المعادن الكامنةَ ، ونذكر أحكامها أولاً ، فأولاً .

فأما صفتها ، فهي المعادن التي ليس يظهر نيلُها إلا بالعمل عليها ، ثم النيل [فيها](٣) مكتتم بالطبقات ، فيظهر النيل ، ثم لا يتواصل النيل على الظهور ، كمعادن الذهب والفضة ، والفيروز ، والبَلْخَش(٤) ، وما في معانيها .

---

(١) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .
(٢) في الأصل : الكافية .
(٣) في الأصل : فمنها ، (د١) ، (ت٣) : عليها . والمثبت تقدير منا .
(٤) البلْخش : جوهر يُجلب من بلخشان . والعجم يقولون له : بدخشان . وهو اسم ولاية ، ويقال =

وكان **شيخي** يتردد في الأحجار التي فيها جواهر ، وهي باديةٌ على الأحجار كالحديد ، فإن أثره يبدو على الحجر ، ولـٰكنه لا يستخرج منه إلا بمعاناة ، ولا يكون البادي عينَ الحديد المجسّم[1] ، وهـٰذا فيه تردد واحتمالٌ ظاهر .

٥٦٤٠ـ فإذا تصورت المعادن ، فمن سبق إليها ، فله العمل عليها ؛ فإن الإقطاع حيث يثبت ليس شرطاً في استفادة العامل، بدليل أن الإقطاع متفق عليه في الموات ، ولا يتوقف التملك بالإحياء عليه . ومن ابتدر إلىٰ معدنٍ[2] من المعادن الكامنة ، وعمل حتىٰ بدا النَّيْل ، فهل يتملك المعدنَ بعمله تملكَ الموات بالإحياء ؟ لا يخلو : إما ألاّ يكون على المعدن أثر العمارة الجاهلية ، وإما أن يكون عليها أثر عمارتها ، فإن لم يكن عليها أثر الجاهلية ، فابتدر العمل عليه مبتدر ، فهل يملك رقبة المعدن[3] ؟ فعلىٰ قولين : **أحدهما** ـ أنه يملك ملك الموات بالإحياء ؛ فإن المعدن قطعة من الأرض المباحة التي لم يظهر عليها أثر تملك سابق ، والنيل من طبقاتها معدود من جملتها ، فأشبهت الموات يُحيَا .

والقول الثاني ـ أن رقبة/ المعدن لا تملك بالعمل عليها ، بخلاف الموات ؛ فإن الموات بالإحياء[4] يتهيّأ للانتفاع الدائم ، والمعدن وإن ظهر منه بعضُ النيل ، فإظهار ما لم يظهر يستدعي من العمل ما استدعاه النيل الأول ، فلم ينته الأمر فيه إلىٰ عمارة تامة تتهيأ البقعة لأجلها لمنفعة دارّة . ١٩٦ ش

هـٰذا إذا لم يكن عليها أثر عمارة الجاهلية .

٥٦٤١ـ فإن كان على المعدن أثر عمارة الجاهلية ، فلأصحابنا فيه خبطٌ وتخليط ، وما استد أحد من الأئمة استداد **الشيخ أبي علي** ، فنذكر ما ذكره الجمهور ، ثم نذكر طريقته .

= لها : بَدْخش أيضاً ، وهي بين خوزستان وهندستان ، فيها معادن الذهب والأحجار الكريمة (معجم الألفاظ الفارسية المعرّبة) .

(١) (ت٣) : المحتم .

(٢) المعدن : يراد به ما يعرف الآن (بالمنجم) .

(٣) رقبة المعدن : أي أرض المنجم .

(٤) بدأ من هنا خرمٌ في نسخة (ت٣) ، مقداره نحو صفحة .

قال الأئمة : في المعدن الذي عليه أثر العمارة الجاهلية ثلاثة أقوال : **قولان** تقدم ذكرهما ، **والثالث** ـ أنه بمثابة المعادن الظاهرة العِدة ، وليس يتوجه هٰذا إلا بأن يقول قائل : ألفيناه في الإسلام معدناً ، فلا يضر اكتتام نَيْله إذا كنا نعلم أن المعدن نيل[1] . وهٰذا بعيدٌ ؛ فإن المعدن إذا لم يكن عليه أثر الجاهلية ، فأظهر نيلَه مسلم ، وقلنا : إنه لا يملكه ، ثم أضرب عنه ، أو مات ، فلا يصير المعدن ملتحقاً بالمعادن الظاهرة ، لا نعرف في ذلك خلافاً ، ولو صح ما ذكره [موجِّه][2] القول الثالث ، للزم التحاق المعادن التي ظهر نيلُها بعمل المسلمين بالمعادن الظاهرة ، وهٰذا لا سبيل إلى التزامه .

٥٦٤٢ـ فأما الطريقة التي ذكرها **الشيخ أبو علي** ، فهي المنقاسة المرضية ، وهي أنه قال : إذا عمل أهل الجاهلية على المعدن ، وقلنا لا تملك المعادن بالعمل عليها ، فوجود عملهم وعدمه بمثابةٍ[3] ، وهو كما لو لم يكن عليه أثر عمارة ، وإن قلنا : إن المعادن[4] تملك بالعمارة ، فإذا عمروها ، فكأنهم ملكوها ، فإذا تحولت البلاد إلى المسلمين ، فالتفصيل فيها كالتفصيل في الموات الذي ملكوه بالعمارة في الجاهلية ، وفيه قولان تقدم ذكرهما ، وسبب التردد في هٰذا أنا نحكم لأهل ملتنا بتملك الموات إذا أحْيَوْه ، وإسناد هٰذا الحكم إلى الجاهلية في حكم تقديم الحكم من ملّتنا علىٰ أهل الملل السابقة ، ولم يتبين من أديانهم حكمُ إحياء الموات ، فأما ما نصادفه في أيديهم متموَّلاً متحوِّلاً ، فنحكم فيه بحكم الماليّة .

هٰذا بيان قاعدة الحكم في المعادن الكامنة .

٥٦٤٣ـ فإذا أحيا رجل أرضاً مواتاً ، وحكمنا له بالملك فيه ، فظهر فيه معدن من المعادن الكامنة ، فهو باتفاق الأئمة ملك محيي الأرض ؛ فإنه بالإحياء ملك الرقبة إلىٰ

---

(١) أي سبق اكتشافه وإظهارُ نَيْله .
(٢) في الأصل : فوجه .
(٣) بمثابةٍ : أي بمثابةٍ واحدة .
(٤) عبارة (د١) : العمارة تملك بها المعادن .

منتهى التخوم[١] ، فإذا استقر الملك بالإحياء ، لم ينتقض ، ولو ظهر في الموات المملوك بالإحياء[٢] معدن ظاهر كالكبريت ونحوه ، فهو ملك المحيي إجماعاً ، لا يزاحَم فيه ، لأن الملك بالإحياء استقر علىٰ رقبة الأرض ، وكل ما في الأرض فهو حقُّ مالك الأرض .

ومن احتفر قناةً ، ملك الآبارَ ، والأسرابَ ، فالماءُ الجاري علىٰ صورة المعدن العِد[٣] .

٥٦٤٤ـ فإذا تمهد ذلك ، فلو علم الرجل بمعدن ، فاتخذ عليه داراً أو بستاناً ، وقال : إنه موات ، وقد قصدتُ إحياءه ، فإذا قلنا : لا يملك المعدن ، فالظاهر/ من [المذهب][٤] أنه لا يملك البقعة ، وإنما ملكناه بالإحياء حيث يصح قصده في تملك الرقبة للإحياء ، وهاهنا لا يصح القصد ، والبقعةُ معدنٌ[٥] ، فإن المعادن في القصود الصحيحة لا تتخذ مزارعَ .

١٩٧ ي

وقال بعضُ أصحابنا : يُملَكُ المُحيَا بالإحياء ، ولا أثر للعلم .

وإن[٦] قلنا : هـٰذه البقعة لا تملك بهـٰذه الجهة ، والمعدن يُملك ، فليس بناء الدار مما يملك به هـٰذه البقعة ، وسبيل الملك فيها إظهار النيل .

٥٦٤٥ـ ومما يتصل بهـٰذا المنتهىٰ أن من احتفر معدناً ، واتسعت الحفيرة ، وظهر في طرفٍ منها ، أو في وسطها النَّيل ، فكيف القول إذا لم يظهر النيل إلا في هـٰذا الجانب ؟ أنقول : هو المملوك ، أو المملوك جملة الحفيرة ؟ لا بد في هـٰذا من نظر ،

---

(١) التخوم : جمع تخْم بفتح وسكون ، مثل فلس وفلوس ، وهو حدّ الأرض ، ومن معانيها الأعراق أيضاً ، فالمراد : أن ملك محيي الأرض يمتد إلىٰ نهاية حدودها ، وإلىٰ أعمق أعماقها (المصباح ، والمعجم ، والقاموس ، حيث ترىٰ لها أكثر من وزن) .

(٢) إلىٰ هنا انتهى الخرم الذي كان في نسخة (ت٣) .

(٣) في (د١) ، (ت٣): «ملك الآبار والأسرابَ، والماءَ الجاري على صورة الماء العدّ».

(٤) في الأصل : « من المعدن » : وهو سبق قلم من الناسخ .

(٥) معدن : أي منجم . كما سبق .

(٦) في الأصل : فإن قلنا .

فلا سبيل إلى الحكم بتخصيص الملك بمحل النيل ، وقد يكون كالذَّر وجناح البعوض[١] ، ولا سبيل إلىٰ إطلاق القول بملك كل ما يتصل بموقع النَّيل من غير [ضبط][٢] وانتهاءٍ إلىٰ موقف .

والوجه فيه أن يقال : إذا وجدنا النَّيل بدداً في أطراف بقعةٍ ووسطها ، عُدَّ ذلك معدناً ، وعُدّ النيل ظاهراً بالعمل ، وإذا بعدت بقعة لم يتواصل النيل إليها ، ولم يكن ذلك البعد معتاداً في تضاعيف النَّيْل المتبدِّد ، فهو خارج عن حدّ المعدن . ومعظم هـٰذه الأمور والتصويرات آيلة إلى العادات ، والمحكَّمُ فيها أهل العادات .

٥٦٤٦ـ ثم قال الأئمة : إذا ملك الرجل معدناً من المعادن الكامنة : إما علىٰ قولنا : المعدن يملك بالعمل المُظهِر لنيله ، وإما إذا وقع الفَرْض في إحياء مواتٍ مُلك ، ثم ظهر فيه معدنٌ ، فإذا باع الإنسان هـٰذا المعدن ، فالذي ذهب إليه الأصحاب أن البيع مردودٌ ، واعتلّوا بأن المقصود من هـٰذا المعدن النيلُ ، وهو مجهول ، والمعادن لا تُبغىٰ لترابها وحجرها ، ومدَرها ، والانتفاعِ فيها بالوجوه المعلومة في الأراضي ، فإذا صار المقصود مجهولاً ، امتنع البيعُ .

ورأيت في مرامزِ كلام الأصحاب ما يدل علىٰ تصحيح البيع ، وهو متّجهٌ في القياس علىٰ تقدير إيراد البيع على الرقبة ، ثم النيل علىٰ موجب الوفاق .

والذي يجب القطع بفساد البيع فيه أن يجمع الرجل مقداراً من تراب المعدن وفي حشوه النيلُ ، فإذا باعه علىٰ علم بأنّ فيه نيلاً ، فهـٰذا باطل ؛ فإنه لا يبغي من البيع الترابَ ، وإنما يبغي النيلَ ، وهو مجهول . وقد ذكرنا تردُّدَ الأصحاب في المعاملة على الدراهم المغشوشة إذا كانت جارية في المعاملات ، وسبب[٣] الاختلاف أن النُّقرة

---

(١) الذَّر وجناح البعوض : مثال للقلة والصغر .

(٢) في الأصل : وقف .

(٣) يعلل للخلاف في الدراهم المغشوشة ، ويبين سببَه في مقابلة القطع بفساد بيع تراب المعدن المختلط بالنيل ، مع أن المحكوم فيه واحد ، وهو الخليط المجهول المقدار . وقد بين أن سبب القطع هناك في (التراب الخارج من المنجم) والتردد هنا (في الدراهم المغشوشة) أن الدراهم المغشوشة لا تراد عادة لما فيها من النقرة الخالصة ، وإنما تراد لرواجها ، أي قدرتها الشرائية ، =

ليست مقصودة ، وإنما المقصود الجريان .

٥٦٤٧ـ ثم قال الشافعي : « **ولا ينبغي أن يقطعه من المعادن إلا قدرَ ما يحتمل . . . إلىٰ آخره** »[١] .

ما يجري الإقطاع فيه ، فلا ينبغي أن يُقطِع الإمامُ الشخصَ إلا مقدارَ ما يستقلّ به ، فإن زاد ، لم يكن للإقطاع حكمٌ .

وكذلك إذا تحجر الإنسان متسعاً من الموات لا يستقل بإحيائه ، فلا حكم لتحجره . ثم إذا أبطلنا/ تحجرَه ، لم يثبت له في المتحجر حقُّ الاختصاص في المقدار الذي يتصور أن يستقلّ به ؛ فإن ذلك لا يتعين في قُطرٍ[٢] ، وحق الاختصاص على الشيوع غير معقول ، فإن عين شيئاً ، فهو تحجّرٌ منه [الآن][٣] والإنسان لا يمنع من ابتداء التحجر .

١٩٧ ش

٥٦٤٨ـ ثم قال الشافعي : « **وكل ما وصفناه من إحياء الموات ، وإقطاع المعادن وغيرها ، فإنما عنيتُه في عفو بلاد العرب فإنه الذي عامره عشر ، وعفوه مملوك** »[٤] .

وهـٰذا مما أخل **المزني** بنقله خللاً فاحشاً ؛ فإنه قال : وعفوه مملوك . **والشافعي** قال : « وعفوه غيرُ مملوك »[٥] ، وعنىٰ بالعفو المواتَ ، فحذف **المزني** كلمة « غير » حتىٰ إنها تُزاد في بعض النسخ ، وتُثبت على الاستقامة[٦] ، ومعنىٰ كلام **الشافعي** ما ذكرته في الغامر والعامر في بلاد العرب ، وخصصها بالذكر[٧] ؛ لأن العرب أسلمت علىٰ بلادها ، ولم تُملك على القهر ، إلا في مواضع مخصوصة ، وأراد بقوله عامره عشر ، أي ليس علىٰ أهل عامره إلا عشرُ الزروع ، ولم يضرب عليه خراج .

= فكان هـٰذا فرقاً ، جعل من نظر إليه يتردّد في القطع بتحريم البيع .

(١) ر . المختصر : ٣/ ١١١ .

(٢) قطر : أي ناحية .

(٣) ساقطة من الأصل .

(٤) ر . المختصر : ٣/ ١١٢ .

(٥) هـٰذا فعلاً ما قاله الشافعي في الأم ، ج٤ ص٥١ .

(٦) على الاستقامة : أي يثبتها قرّاء مختصر المزني إقامةً للنص .

(٧) (د١) ، (ت٣) : بالملك .

وظنَّ **الشافعيُّ** أن بلاد العجم افتتحت قهراً ، وغُنمت عليهم ، وفي غامرهم التفصيل المقدّم في الذب والمحاماة ، وتنزيل المستولين منزلة المتحجِّرين ، فأراد أن يصوّر أراضي عامرُها ليس [خراجياً][1] ، ولم يُقضَ[2] بالاستيلاء علىٰ غامرها ومواتها من الغانمين ، حتىٰ تتسق المسائل التي أطلقها من غير احتياج إلىٰ تفصيل .

فَرْعٌ : **٥٦٤٩ـ** إذا عمل العامل على المعدن الكامن ، فإن قلنا : إنه يملكه ، فلا كلام ، وإن قلنا : إنه لا يملكه، فقد ذكر الأئمة وجهين في أن الإمام لو أراد تنحيته بعد طول الزمان لينتفع بالموضع غيره ، فهل له ذلك ؟

وقد قدمنا مثلَ هـٰذين الوجهين في مقاعد الشارع ، وأطلقنا وجهين أيضاً في المعادن العِدة الظاهرة ، وما ذكرناه من الوجهين في المعادن الكامنة ـ حيث انتهى الكلام إليه ـ يناظر ما ذكرناه من الوجهين في المقاعد المُقْطعة في الأسواق .

ثم ذكرنا أن من تخيّر بقعةً على الشرط المقدم ، أو اتصل بها إقطاع صاحب الأمر فيمهل فيه زماناً ، وقرّبنا القولَ في ضبطه ، ثم ذكرنا التنحيةَ وراء ذلك ، كذلك يمكُثُ العامل على المعدن زماناً متطاولاً ، ثم الخلاف في تنحيته يقع وراء ذلك .

وسبيل التقريب اللائق بهـٰذا الموضع في الزمان المتطاول ، أن يبلغ مبلغاً يظهر منه فائدةُ العامل إذا اقتصدت الإنالة ، فلم يتفق إكداء[3] ولا نيلٌ نادرٌ مجاوزٌ المعتاد ، ثم قد يتفق مثل هـٰذا الزمن ، والعامل لا يستفيد في ذلك الزمن للحرمان والمجازفة ، فالخلاف في تنحيته علىٰ ما ذكرناه . ولو استفاد العامل نيلاً نادراً[4] في زمان قريب ، ففي إجراء الخلاف في تنحيته احتمالٌ ظاهر . يجوز أن يقال : لا ينحىٰ نظراً/ إلى الزمان ، ويجوز أن يقال : ينحَّىٰ نظراً إلى الفائدة ، وإذا طال الزمان في حق المحروم جرى الوجهان في طرده من غير أن ينظر إلىٰ عدم الفائدة ، وقد يُنحَّى المحروم ويرزق

ي ١٩٨

---

(١) في الأصل : خراجاً.

(٢) (د١) ، (ت٣) : ولم يتفق الاستيلاء .

(٣) إكداء : يقال : أكدى العامُ أجدب ، والمعدن (المنجم) لم يتكون به جوهر ، أي ليس له نَيْل ، وهو المراد هنا (المعجم) .

(٤) أي استفادَ نَيْلاً كثيراً مجاوزاً للاعتياد.

غيره ، وقد يبقى المعدن حاقداً[١] لا ينيل في عمل شخص ، وإذا عمل غيره ، ظهرت الإنالة ، وأمرُ المعدن وفاق ، ونيله [أرزاق][٢] .

فصل

قال : « ومن عمل في معدنٍ في أرضٍ ملكُها لغيره ، فما يخرج منها ، فلمالكها . . . إلىٰ آخره »[٣] .

٥٦٥٠ـ إذا ملك الرجل معدناً من المعادن الكامنة ، ثم قال لغيره : اعمل عليه ، وما يخرجه من النيل ، فهو لك ، فما يظهر من النيل ، فهو لمالك المعدن ؛ فإنه لا يجوز أن يقدَّرَ عوضاً على الجهالة ، ولا متبرعاً به موهوباً ، فلا وجه إلا تقريره علىٰ ملك مالك المعدن ، وهل يستحق العامل أجراً في مقابلة عمله ؟ هـٰذه القاعدة يفصّلها **أربع مسائل** :

٥٦٥١ـ إحداها ـ أن يقول رب المعدن : أذنت لك في نهارك ، أو أسبوعك ، ولك ما يظهر من نيلٍ ، فهـٰذه الصيغة لا تتضمن استعماله ، وإنما هو إطلاق التصرف ، وتبرعٌ بما يتوقع من نيل ، فإذا جرى الأمر كذلك ، فالنيل مردود على المالك، كما قررناه . والذي ذهب إليه الجمهور أنه لا يستحق العامل علىٰ مقابلة عمله شيئاً ، فإنه كان يعمل لنفسه ابتغاء النَّيل .

وحكىٰ **القاضي** عن **ابن سريج** أنه أثبت للعامل أجر مثل عمله ، لأن النيل انصرف إلىٰ صاحب المعدن . وإن قصده العامل لتحصيل غرض نفسه ، ووجّه **ابنُ سريج** هـٰذا بأن قال : لم يرض العامل بأن يعمل مجاناً ، ولم يسلَّم له ما طمع فيه ، فينبغي أن يرجع بالأجر علىٰ من أوقعه في العمل ، وسُلِّم له ما طمع فيه العامل؛ [فإنّ ذلك ثمرةُ عمله وفائدتُه][٤] .

---

(١) حاقِداً : أي حابساً ، يقال : حقِد المعدِن لم يخرج شيئاً . (المعجم).

(٢) سقطت من الأصل .

(٣) ر . المختصر : ٣/ ١١٤ .

(٤) ساقط من الأصل .

وقرّب الأئمة هـٰذا من أصل ذكرناه في كتاب الحج ، وهو أن المستأجَر على الحج إذا نوىٰ مستأجِره أولاً ، ثم صرف الإحرام إلىٰ نفسه ظاناً أنه ينصرف إلىٰ نفسه ، واستمر علىٰ عمله علىٰ هـٰذا الظن ، فالحج ينصرف إلىٰ مستأجِره ، وفي استحقاقه الأجرة الخلافُ المشهور .

وعندي أن الصورة التي ذكرناها بعيدة عن استحقاق الأجرة ؛ إذ لا استعمال فيها ، وإنما جرى الإذن إطلاقاً ، ورفعاً للحجر ، وليس كمسألة الأجير في الحج ؛ فإن المستأجِر استعمله أولاً ، وانصرف إليه العمل آخراً ، فلا يبعد أن يلغو القصد الفاسد اللاغي من الأجير ، ثم إذا رأى **ابن سريج** في هـٰذه الصورة إثباتَ الأجرة للعامل ، فليت شعري ماذا يقول إذا عمل ، ولم يستفد شيئاً ؟ فإن جرىٰ علىٰ قياسه في إثبات الأجر ، كان في نهاية البعد إذا لم يحصُل نَيْلٌ هو شوفُه ، ومتعلّق [طمعه][1] ، حتىٰ يقال : إذا قُطع عنه ما أُطمع فيه ، فهو عِوض[2] عنه .

وإن سلّم في هـٰذه الصورة أنه لا يستحق الأجرة ، فقد وُجد الكدّ ، وظاهر العمل ، وعلى الجملة هـٰذا محتمل/ علىٰ قياس **ابن سريج** . ش ١٩٨

وما ذكرناه شرح مسألة واحدة .

٥٦٥٢ـ المسألة الثانية ـ أن يقول : اعمل في بياض هـٰذا النهار ، ولك ما تُظهره من النيل ، فالقول في النَّيْل كما مضىٰ ؛ واستحقاق الأجرة مختلف فيه بين الأصحاب ، وهو ظاهرٌ في هـٰذه الصورة ؛ من قِبل استعماله العامل بأمره .

٥٦٥٣ـ المسألة الثالثة ـ أن يقول : استأجرتك لتعمل في نهارك وأجرتك النَّيْلُ الذي تصادفه ، فالظاهر هاهنا أنه يستحق أجرَ المثل ، للتصريح بالاستئجار ، وإثبات العوض .

وأبعد بعض أصحابنا ، فأسقط الأجرة ، لتعلق قصد العامل بأخذ النيل الذي يُظهره عمله .

---

(١) في الأصل : قلعه .
(٢) هو عوض : أي الأجر ، وفي (د١) ، (ت٣) : إذا قطع عنه ما أطمع فيه ، عُوّض عنه .

٥٦٥٤ـ المسألة الرابعة ـ أن يقول : استأجرتك لتعمل ، ولك نصف النيل الذي تصيبه ، فلا شك أنه يستحق نصفَ الأجر علىٰ مقابلة النصف الذي شرط لرب المعدن ، وهل يستحق النصف الآخر من الأجر ؟ فيه التردد الذي ذكرناه في الأجر كله إذا قال : استأجرتك وأجرتك النيل كله .

فهـٰذا بيان المسائل المفصِّلةِ للقاعدة .

فصل

ذكر [**الشافعي**][(١)] الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « **من منع فضلَ الماء ليمنع به الكلأ ، منعه الله فضل رحمته يوم القيامة . . . إلىٰ آخره** »[(٢)] .

٥٦٥٥ـ قد ذكرنا في كتاب البيع فصلاً في المياه وبيعها ، وجريان الملك فيها ، وخلاف من خالف من الأصحاب في أن الماء لا يُملك .

ونحن نذكر غرضَ هـٰذا الفصل ، وما نراه غيرَ مذكور في الفصل المقدم ، فإن تكرر شيء غاب عن الذكر ، [لم يضر][(٣)] .

ومعتمد الفصل ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « **من منع فضل الماء ليمنع به الكلأ ، منعه الله فضل رحمته يوم القيامة** »[(٤)] ، والمراد بالحديث أن من احتفر بئراً في بريّة ، يسقي بمائها ماشيتَه ، فإذا لحقت ماشيةٌ لإنسان ، وقد فضل من

---

(١) زيادة لمجرد الإيضاح .

(٢) ر . المختصر : ٣/ ١١٤ .

(٣) ساقط من الأصل .

(٤) حديث منع فضل الماء : رواه بهـٰذا اللفظ الإمام الشافعي في الأم: ٣/ ٢٧٢، ومن طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رواه البيهقي في الصغرىٰ : ٣/ ٣٣٢ حديث : ٢٢٠٦ ، وبلفظ مقارب رواه الإمام أحمد : ٢/ ١٧٩ ، ٢٢١ .

والحديث متفق عليه بلفظ « لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ » (ر . اللؤلؤ والمرجان : ٢/ ١٤٧ ، ح ١٠٠٩) أما باللفظ الأول فنقل الحافظ عن البيهقي قوله : « هو مما لم يُقرأ على الشافعي ، وحمله الربيع على الوهم ، ولو قرىء على الشافعي لغيّره إن شاء الله » .

وانظر التلخيص : (٣/ ١٤٦ ح ١٣٤٢) .

ماء البئر عن حاجةِ حافرها ، فليس له أن يمنع الفاضل من حاجته من الماشية الواردة ؛ فإن منعَ فضل الماء يكون سبباً لمنعْ الكلأ في تلك الناحية ؛ إذ الماشيةُ إنما ترعىٰ بقرب الماء ، فإذا منع صاحب البئر فضلَ مائه ، فكأنه منع الكلأ في تلك البقعة .

هـٰذا هو المعنيّ بقوله صلى الله عليه وسلم : « **ليمنع به الكلأ** » .

٥٦٥٦ـ ثم تفصيل المذهب بعد بيان الحديث أن من احتفر بئراً ، لم يخل من ثلاثة أحوال :

أحدها ـ أن يقصد تملك البئر .

والآخر ـ ألا يقصد تملكها ، ولـٰكن قصد استعمال مائها في جهة حاجاته .

والثالث ـ أن يحتفر بئراً ولا يقصد شيئاً .

٥٦٥٧ـ فإن احتفر وقصد التملك ملك البئر كما[1] ظهر الماء ، ولا يتوقف استقرار ملكه علىٰ أن يصير الماء غديراً ، ثم إذا ملك البئر ، صار أَوْلىٰ بالماء/ والتفريع علىٰ أن الماء يُملك ، فجمَّةُ[2] البئر مملوكةٌ لمالك البئر ، وهي بمثابة ما لو أحرز ماءً في قربة ، أو آنية ، أو انتزح ماءً ، وجمعه في حوض . فإذا صار مالكاً للماء ، فإذا أدركت ماشيةٌ ، لم يلزمه تركُ فضلِ مائه لها ، وليس الحديث في هـٰذا القسم .

ي ١٩٩

وإن أشرفت الماشية على الهلاك سقاها فضلَ مائه بالقيمة .

والجملةُ أن الماء في البئر المملوكة بمثابة الماء المجموع في الحوض ، والأواني .

٥٦٥٨ـ فأما إذا لم يقصد تملكَ البئر ، ولـٰكن قصدَ الانتفاعَ بمائها ، فإنه يتقدم في انتفاعه ، فإذا فضل الماءُ عن حاجته وحاجة ماشيته ، وعن مزرعةٍ هيأها بالقرب من البئر ، فيجب بذلُ الماء للمواشي ، كما نطق الخبر به ، وهو محمول علىٰ هـٰذه الحالة . ثم ذلك الفاضل لا يتقوّم ؛ فإنه لم يَملك رقبةَ البئر ، بل صار أولىٰ بها ، كذلك هو أولىٰ بمائها علىٰ قدر حاجته ، والفاضلُ في حق الماشية كالماء المباح العِدّ .

---

(١) كما ظهر : بمعنىٰ عندما ظهر .

(٢) جمّةُ البئر : ما يرجع من مائها بعد الأخذ منه . والمراد هنا ما هو متجمع في البئر .

ثم قال الأصحاب : لو اتخذ متخذٌ بالقرب من البئر مبقلةً ، أو مزرعةً ، فأراد أن يسقيها من فاضل ماء البئر ، فليس له ذلك ؛ فإنّ حقَّ السقي إنما ثبت لحرمة أرواح المواشي .

وهـٰذا وإن أطلقه الأئمة كذلك في الطرق ، يتطرق إليه احتمالٌ ـ من جهة القياس ـ ظاهرٌ ؛ فإن حافر البئر إذا لم يصر مالكَها ، ولم يصر مالكاً لجَمَّتها ، وإنما يثبت له حق الاختصاص والتقدم بقدر الحاجة ، فالقياس أن الفاضل عن الحاجة بمثابة الماء العِد الذي يشترك الناس كافة فيه . هـٰذا وجه الاحتمال . والذي ذكره الأصحاب ما قدمناه من أنه لا يَمنع فضل مائه الماشيةَ ، ويمنعه من المزارع وغيرِها .

وفي هـٰذا تفصيلٌ لا بد من التنبّه له . وهو أن الذي لا يقصد تملك البئر إن كان يقصد كونَه أولىٰ بالاستيلاء علىالبئر والاحتكام في مائه ، فهو علىٰ موجب قصده أولىٰ ، وهـٰذا الحكم يوجب له حق الاختصاص ، وإن لم يكن ملكٌ . ولو أجرينا قياسَ الاختصاص علىٰ حقِّه ، لما أوجبنا عليه بذلَ فضلِ مائه للمواشي من غير ضرورة ، ولـٰكن أوجبنا [ذلك][1] للخبر . وحق الاختصاص مطّرد في غير المواشي .

هـٰذا إذا قصد الاختصاص مطلقاً .

وإن خطر له في احتفاره أن يتقدم بقدر حاجته من غير مزيد ،فهـٰذا موضع الاحتمال ، فيجوز أن يقال : لا حكم له في الفاضل ، وليس له منعه/ من أحدٍ من الناس ، سواء طلبوا سقي المواشي به ، أو سقي المزارع ، ويجوز أن يقال : إذا ثبت اختصاصه ، لم يتبعض، والبئر بحكم ذلك الاختصاص تحت يده وتصرفه [والاختصاص][2] لا يتبعض حكمه ، حتىٰ يثبت من وجه وينتفي من وجه . ١٩٩ ش

وهـٰذا يتضح بذكر **الحالة الثالثة** .

٥٦٥٩ـ وهي أنه إذا احتفر بئراً ، ولم يقصد أن يختص بمائها ، ولم يظهر منه قصد التملك ولا قصد الاختصاص ، فالذي ذهب إليه **المحققون** أن الحافر مع كافة الناس

---

(١) ساقطة من الأصل .
(٢) مزيدة من (د١) ، (ت٣) .

في ماء البئر علىٰ قضيةِ الاستواء ، فلا يتقدم بحاجته وهو في الماء كغيره .

ومن أصحابنا من قال : هو متقدم بحاجته . وهـٰذا محتمل حسنٌ ، ووجهه أن فعله هـٰذا توصُّلٌ منه إلى الماء ، فلا أقل من أن يُفيده الاختصاص ، وإن لم يقصده ، وهـٰذا في إفادة الاختصاص بمثابة ما لو بنىٰ رجلٌ علىٰ مواتٍ داراً ، فإنه يملك عَرْصتَها ، وإن لم يقصد التملك ؛ لأن مثل ذلك لا يقع إلا من متملك ، كذلك حفر البئر لا يقع إلا من مختصٍّ ، فإن كان كذلك ، ظهر علىٰ هـٰذا الوجه ما ذكرناه في الحالة الثانية ؛ فإنه وإن قصد التقدّم بالحاجة ، فحق الاختصاص يثبت له بسبب الاحتفار .

هـٰذا منتهى التفصيل في ذلك .

٥٦٦٠ـ ولو أوجبنا عليه بذلَ فضل الماء للماشية ، ولـٰكن كان الفاضل فاضلاً عن سقيه وماشيته ، ولم يفضل عن مزارعه التي هيأها ، ومباقله ، ظاهرُ كلام الأصحاب أنه لا يلزمه بذلُ فضل مائه ، حتىٰ يفضل عن مزارعه ، وهـٰذا فيه احتمالٌ علىٰ بعدٍ ، لحرمة الأرواح .

٥٦٦١ـ ولو لحقت الماشية ، فاستحدث حافرُ البئر مزرعة ، فيظهر [هاهنا][1] أنه لا يصرف الماء إلىٰ تلك المزرعة المستحدَثة بعد لحوق الماشية ؛ إذ لو جوزنا منعَ الفضل بهـٰذه الجهة ، لاستمكن صاحب البئر من طرد الماشية [بالزيادة][2] في المزارع .

٥٦٦٢ـ ثم مما ذكره الأصحاب من جليِّ الكلام في هـٰذا الفصل أن الفضل الذي أوجبنا بذلَه للماشية أردنا ببذله التخليةَ بينه وبين أصحاب المواشي ، وعليهم تكلّفُ السقي إن أرادوه ، ولا يجب علىٰ صاحب البئر إعارة البكرة والدلو ، والرِّشا ؛ فإنه لا يسوغ الاحتكام علىٰ أملاكه إلا في أوقات الضرورات ، كما سبق وصفها .

٥٦٦٣ـ وإذا كان حافر البئر مالكاً للبئر ، لم يُحتكم عليه في الملك ، والماءِ الذي فيه ، هـٰذا ما قطع به **المحققون** .

---

(١) زيادة من : (د١) ، (ت٣) .

(٢) في الأصل : لزيادةٍ .

وإنما أعدته لأن شيخي كان/ يكرر في دروسه وجوبَ بذل فضل الماء للمواشي ، ٢٠٠ ي وإن كانت البئر مملوكةً ؛ تمسكاً بظاهر الخبر ؛ فإنه صلى الله عليه وسلم لم يفصل بين البئر المملوكة لحافرها وبين البئر التي ليست مملوكة لحافرها ، لأنه لم يقصد تملّكها .

وكلام **الصيدلاني** في هـٰذا الفصل مطلقٌ ليس فيه تفصيلٌ ، وفرقٌ . [ولو كان][1] الحكم يختلف عنده ، لأشبه أن يفصّل .

وإنما[2] أخرت ذلك لأني لست أعتمده ولا أعتدّ به ، ولا آمن أن يكون إطلاق من أطلقه عن غفلة ، ولم يصرح أحدٌ بوجوب صرف فضل الماء إلى المواشي مع التصريح بكون البئر مملوكة إلا **شيخي** .

٥٦٦٤ـ ومما ذكره الأئمة متصلاً بما ذكرناه أن من حاز ماءً ، وأحرزه في أوانيه ، أو جمعه قصداً في حوضٍ له ، وسد المنافذ ، فهـٰذا مملوك على الرأي الظاهر ، وإن لم نجعله مملوكاً علىٰ مذهب **المروزي** ، فمحرزه أوْلىٰ من غيره .

والماء الذي يجري في النهر المملوك ، كماء القنوات مملوك[3] على الرأي الظاهر لمالك القناة ، وكل من تصرف فيه بما ينقُصه ، ويُظهر نقصَه ، فهو ممنوع منه ، ولو استاق أصحاب المواشي مواشيَهم إلىٰ هـٰذه المياه ، وكان يظهر النقص منها ، فهي مجلاةٌ عن الماء ممنوعةٌ ، وما لا يظهر له أثر كالشرب ، أو كسقي دوابَّ معدودة ، أو كأخذ قِربٍ ، فقد ذهب ذاهبون إلىٰ أنه لا يسوغ المنع من هـٰذا القدر ، واستمسكوا بقوله صلى الله عليه وسلم : « **الناس شركاء في ثلاثة : الماء والنار ، والكلأ** »[4] وهـٰذا بعينه هو الذي نقلتُه عن **شيخي** وأنكرته ، فإنه انتفاعٌ بفاضل مملوكٍ .

---

(١) في الأصل : وإن الحكم عنده .

(٢) (ت٣) : وما أخرت .

(٣) في الأصل ، (ت ٣) : مملوكة .

(٤) حديث « الناس شركاء في ثلاث » : رواه أبو داود : البيوع ، باب في منع الماء ، ح ٣٤٧٧ ، وابن ماجه : الرهون ، باب المسلمون شركاء في ثلاث ، ح ٢٤٧٢ ، وأحمد : ٥/ ٣٦٤ ، والبيهقي في الكبرىٰ : ٦/ ١٥٠ ، والصغرى : ٣/ ٣٢٩ رقم : ٢١٩٦ ، وأبو عبيد في الأموال : ٧٢٨ . وكلهم بلفظ (المسلمون) سوىٰ أبي عبيد وحده فإنه قال : الناس .

وذهب **القاضي وطبقةُ المحققين** إلىٰ إجراء القياس ، والمصيرِ إلىٰ أن [للملاّك أن يَمْنعوا](١) من هـٰذا .

٥٦٦٥ـ وما درج عليه الأولون من التسامح فيه محمول علىٰ أن الناس لا يضنون بهـٰذا القدر ، فصارت قرائن الأحوال بمثابة التصريح بالإباحة .

٥٦٦٦ـ وذكر الأئمة تفصيلَ القول في بيع المياه في القنوات ، وأنه لا يصح ، وقد ذكرت ذلك مفصَّلاً في موضعه .

ومما ذكره **القاضي** أن القناة إذا كانت مشتركة ، فالمهايأة لا تصح فيها؛ من جهة أن النُّوب تختلف من **وجهين** : **أحدهما** ـ أن الماء يزيد وينقص ، **والآخر** ـ أنها تتفاوت في حاجات الدهقنة ، فليس ما يقع في النوبة الأولىٰ كما يقع في النوبة الأخيرة ، وهـٰذا فيما أظن لم أذكره في كتاب البيع .

ويتحصل مما ذكرته قبلُ ، ومن هـٰذا **ثلاثة أوجه** : **أحدها** ـ أن المهايأة تصح في نُوب القنوات/ ولا تلزم . ش ٢٠٠

والثاني ـ أنها تصح وتلزم ؛ فإن الانتفاع بنوبها لا يصح إلا كذلك ، وهـٰذا لا يخفىٰ علىٰ أصحاب البصائر

والثالث ـ وهو الذي جددناه الآن أن المهايأة لا تصح أصلاً .

فَصْلٌ

٥٦٦٧ـ قد ذكرنا في الكتب السابقة مسائلَ متفرقة في حريم الأملاك ، ونحن نذكر الآن في ذلك قولاً كافياً، إن شاء الله عز وجل ، فنقول :

من كان له ملكٌ ، لم يخل إما أن يتاخم مواتاً لا حق فيه لأحد ، وإما أن يتاخم الشارعَ ، وفيه الحقوق العامة ، وإما أن يتاخم ملكاً .

فأما ما يجاور مواتاً ، فيثبت له من ذلك الموات حقُّ الحريم ، وهو ينقسم عندنا

---

(١) في الأصل : الملاك إذ منعوا .

قسمين : أحدهما ـ يتعلق بإدامه الملك ، وإقامته ، وصونه عن الخراب ، وعن إمكانه .

وبيان ذلك أن من أراد أن يحتفر في الموات الذي بقرب العمران بئراً أو نهراً عميقاً ، وكان الملك يتَضرّر علىٰ تحقيقٍ ، أو يُخاف ضررُه ، فيمنع المتصرف في الموات من ذلك ، وهٰذا المنع في حكم الوقاية للملك سمي حريماً .

ويظهر الحريم ويتسع في القنوات اتساعاً بيّناً ، فإذا احتفر الإنسان قناةً في موات ، وتملك آبارها ، ورسومَها ، وأسرابها ، فيحرم علىٰ من يريد التصرف في الموات أن يتصرف تصرفاً يضر بالقناة ، ويُفضي إلىٰ هدمها أو ينقُص من مائها . ولو أراد مريدٌ أن يجري علىٰ معارضة تلك القناة [قناة][1] أخرىٰ ، ولو فعل ، لانقلب ماء هٰذه القناة المتقدّمة إلى المستحدثة ، فهٰذا ممنوع ، ويختلف ما ذكرناه باختلاف صفات الأراضي ، فإنها تكون حَرّة[2] ، وحصبة ، وذاتَ رملٍ متخلخل .

والجملة ما ذكرناه من المنع من التصرف المنقص .

هٰذا أحد القسمين المذكورين في الحريم .

٥٦٦٨ـ والقسم الثاني ـ لا يتعلق بخيفة الهدم ، ولٰكنه يتعلق بالاتساع ، وإثبات المضطرب ، وهٰذا قد يقع عاماً لأهل القرية بالإضافة إلى الموات ، فلهم فيه مطرحُ التراب ، ومناخُ الإبل ، ومجتمعُ النادي ، وملعبُ الصبيان ، ومركض الخيل إن كان سكان القرية خيّالة .

فأما المحتطَب والمرعى الذي ينشر فيه بهائم القرية ، فالقول فيه ينقسم ، فما يبعد لا يستحقّه أهل القرية ، ولو أحياه محيٍ ، ملكه ، فأما ما يقرب من القرية ، فلا يستقل مرعىً ومحتطَباً ، ولٰكن قد تستدير البهائم بالقرب من القرية إذا استشعر أهلُها خوفاً من الإبعاد ، فما كان كذلك ، فهو مختلف فيه ، علىٰ ما ذكره **الشيخ أبو علي** ، والرأي الظاهر أنه ليس من حقوق القرية . هٰذا فيما يتعلق بالقرىٰ على الجملة/ . ٢٠١ ي

(١) ساقطة من الأصل .
(٢) أرض حرّة : ذات حجارة سود كأنها أحرقت . وحصبة : كثيرة الحصباء . (المعجم) .

فأما إذا ابتنى الرجل داراً في مواتٍ ، وفتح بابها في صوبٍ منه ، فلصاحب الدار من الموات حقُّ مطرح التراب ، والكُناسات ، ومطرح الثلج ، والممر في الصوب الذي فتح الباب فيه .

ولو أحيا محيٍ وبقَّىٰ له الممرَّ ، ولـٰكن كان يحتاج أن [يزورّ][1] عن قبالة الباب ، فليزورّ ؛ فإنه لا يستحق الممر في صوب الباب علىٰ طول الامتداد في الموات الكائن في تلك الجهة .

وقد ذكرت في كتاب الصلح أحكامَ المزاريب والأجنحة إلى الشوارع ، وافتتاح المنافذ والأبواب إلى الممر العام .

٥٦٦٩ـ فأما إذا تضايقت الأملاك ، فقد زال المتسعُ والحقُّ الذي سمّيناه المضطربَ والاتساعَ ؛ إذ تتقابل الأقوال في ذلك .

وهـٰذا إنما يُفرض في أملاكٍ صودفت كذلك ، والكلامُ يرجع إلىٰ تصرف الملاك في أملاكهم ، فإذا تجاور ملكان ، فلصاحب كل ملك أن يتصرف في ملكه بما يُعتاد مثله ، وإن كان يُخاف منه اختلال ملك صاحبه ، وهـٰذا كتسليط كل مالك علىٰ حفر بئر في ملكه على الاقتصاد المعتاد ، وكذلك القول في اتخاذ مبرز لا يجاوز فيه حدّ ملكه .

وقد منعنا مثلَ هـٰذا التصرف إذا خيف منه الضررُ في الموات ؛ فإن الموات المطلق هو الذي لم يتعلق به حق . وما تعلق به حقُّ الحريم ، فهو واقية الملك ، وليس مواتاً مطلقاً ، وهـٰذا لا يتحقق في الأملاك المتجاورة .

ثم يتفرع علىٰ ما ذكرناه أن احتفار البئر إذا أدىٰ إلى اختلال دار الجار ، فلا ضمان على الحافر لأنه متصرفٌ في ملكه ، فليعتقد الملاك في الأملاك المتجاورة أنهم بصدد هـٰذا الضرار ، فلا بد من احتماله ، ولولاه ، لتعطلت الأملاك ناجزاً لخيفة الضرار ، ولا سبيل إلىٰ قطعِ مرافق الأملاك ، وتحصيلِ الضرار ، وتعطيلِ المنافع لتوقع ضرارٍ .

والذي يجب إنعام النظر فيه أمور العادات ، فلو كانت دار الإنسان محفوفةً بالدور

---

(١) في الأصل : يزوي .

والمساكن ، فلو [أجلس][(١)] فيها قصاراً ، أو حداداً ، فهـٰذا ـ والدار كما وصفناها ـ خارجٌ عن الاعتياد ، والظاهر عندنا منعُه ؛ فإنه وإن كان ارتفاقاً ، فهو مجاوز للعادة ، وكذلك إذا اتخذ داره حمّاماً ، وهي محفوفة بالمساكن ، فهـٰذا من القبيل الذي ذكرناه ، إلا أن يستمكن من الإبرام والإحكام علىٰ حدٍّ لا يزيد ضرره علىٰ ضرر المرافق المعتادة .

وكان شيخي يتردد في اتخاذ الإنسان داره مدبغةً ، ويميل إلى التجويز ؛ فإن الضرار إذا كان لا يتعلق بالدور فتضرر السكان بالروائح لا يوجب منعَ المالك من التصرف . وهـٰذا محتملٌ علىٰ ما كان يتردد فيه رحمه الله/ . ٢٠١ ش

٥٦٧٠ـ والقول المغني عن التفصيل : إذا جاوز في التصرف العادةَ وعُد في حق نفسه مضرّاً بملك نفسه ، فهـٰذا لا يحتمل . وإن كان مرتفقاً بملك نفسه ، ولـٰكنه جاوز العادةَ في ذلك الفن وجرّ ضراراً ظاهراً ، فهـٰذا في ظاهر المذهب لا يحتمل. وإن لم يجرّ ضراراً على المساكن ، وارتفق ارتفاقاً لا يعتاد ، وجرّ إلى السكان تضرراً ، فهـٰذا فيه احتمال ظاهر . فهـٰذا منتهى القول في ذلك والله المستعان .

* * *

---

(١) في الأصل : فتح .



كتاب العطايا (١)
والحبس والصدقات

قال الشافعي : « فجميع ما يعطي الناسُ من أموالهم ثلاثة وجوه. . . إلىٰ آخره »(٢) .

٥٦٧١ـ صدّر الكتابَ بالتقاسيم في التبرعات ، وقال : يقع قسمان منها في الحياة : وهما ـ الهبات ، والصدقات .

ثم الصدقات تنقسم إلىٰ صدقات البتات ، وهي تصدّق الرجل بطائفة من ماله علىٰ من أراد .

والثاني ـ الوقف .

ومن التبرعات ما يقع بعد الوفاة . والمقصود من هـٰذه التقاسيم انتزاع الوقف من خَلَلها ، وباقي التبرعات تأتي في أبوابها .

٥٦٧٢ـ والأصل في الوقف السنة ، وإجماع الأمة ، أما السنة ، فما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « **إذا مات ابن آدم ، انقطع عمله إلا عن ثلاث : ولد صالح يدعو له ، وعلم ينتفع به بعد موته ، وصدقة جارية** »(٣) فقال العلماء : الصدقةُ الجارية هي الوقف علىٰ وجوه الخير ، **وقال عمر رضي الله عنه : « أصبت مالاً من خيبر ، لم أصب مثله في الإسلام ، فراجعتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم ،**

---

(١) (د١) ، (ت٣) : باب .

(٢) ر . المختصر : ٣/ ١١٥ .

(٣) حديث : « إذا مات ابن آدم » : رواه مسلم : الوصية ، باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته ، ٣/ ١٢٥٥ ، ح١٦٣١ . وأبو داود : الفرائض ، باب ما جاء في الصدقة عن الميت ، ٣/ ١١٧ ، ح٢٨٨٠ ، والترمذي : الأحكام ، باب ما جاء في الوقف ، ٣/ ٦٦٠ ، ح١٣٧٦ والنسائي : الوصايا ، باب فضل الصدقة عن الميت ٦/ ٢٥١ ، ح٣٦٨١ ، وأحمد : ٢/ ٣٧٢ ، والبيهقي في الكبرىٰ : ٦/ ٢٧٨ «كلهم من حديث أبي هريرة » ، وانظر تلخيص الحبير : ٣/ ١٤٨ ح١٣٤٦ .

وكان حدائقَ، ونخيلاً، فقال صلى الله عليه وسلم : حبِّس الأصلَ ، وسبّل الثمرَ »[(١)].

وأجمع المسلمون علىٰ أصلِ الوقف ، وإن اختلفوا في التفصيل .

٥٦٧٣ـ ومذهبُ **الإمام الشافعي** أن الوقف إذا استجمع شرائطَه صحيحٌ لازمٌ ، لا يتوقف لزومُه علىٰ تسجيلٍ من جهةِ قاضٍ ، ويصح مُنَجَّزهُ في الحياة ، ومنفَّذُه في الوصية بعد الوفاة .

٥٦٧٤ـ ثم هو في التقسيم الأولي متنوع ، فمنه ما يقع مضاهياً للتحرير ، وهو كجعل بقعة مسجداً ، وهـٰذا مما وافق فيه من أنكر لزومَ الوقف والتحبيس . ويتصل بهـٰذا القسم جعْلُ بقعة مقبرةً، علىٰ ما سيأتي، إن شاء الله عز وجل تفصيل الصنفين .

والقسم الثاني ـ ما يتضمن صرفَ منفعته إلى الغير ، وهو ينقسم إلىٰ ما يقصر مقصوده علىٰ حق السكون ، كالمدارس والرباطات . والوقفُ فيهما قريبٌ من جَعْل البقاع مساجدَ ومقابرَ ، وإلىٰ ما يفوّض الأمر إلى المستحِق ، فإن شاء ، انتفع بنفسه/ ، وإن شاء استغلّه ، وتملّك ما يحصل من غَلَّته ، وهـٰذا يجري علىٰ **نوعين** : **أحدهما** ـ ما تصرف الغلّةُ فيه إلىٰ عمارة المساجد ، والرباطات ، والمدارس ، وإلىٰ ما يصرف إلىٰ من يتملكه .

ي ٢٠٢

ثم الوقف يصح علىٰ مخصوصين معيّنين ، وإلىٰ جهةٍ عامة كجهة المسكنة والفقر .

وفي تصحيح الوقف علىٰ أقوام لا ينحصرون ، وليس المراد حاجتَهم **قولان** ، كالوقف علىٰ بني هاشم وبني المطلب ، ونحوهم .

٥٦٧٥ـ ومما يتعين تصدير الكتاب به أن الوقفَ إذا كان علىٰ معينين ، أو علىٰ

---

(١) حديث عمر بن الخطاب متفق عليه بلفظ : « إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها » البخاري : الشروط، باب الشروط في الوقف ٥/٤١٨، ح٢٧٣٧ ، مسلم : الوصية، باب الوقف ٣/ ١٢٥٥، ح١٦٣٢ . أما بلفظ إمام الحرمين فقد رواه الشافعي في مسنده : ٢/ ١٣٨، ح ٤٥٧ [السندي] والنسائي : الإحباس، باب حبس المشاع ٦/ ٢٣٢، ح٣٦٠٣ ، ٣٦٠٤ ، ٣٦٠٥ . وابن ماجه : الصدقات، باب من وقف ٢/ ٨٠١، ح٢٣٩٧ ، وأحمد : ٢/ ١٥٦ ، ١٥٧ ، والبيهقي في الكبرىٰ : ٦/ ١٦٢ والصغرىٰ : ٣/ ٣٣٦، ح٢٢٢٣ ، ٢٢٢٤ .

جهةٍ ، والغرض منه أن يملكوا ما يحصل من غَلّةٍ وثمرة ، **فللشافعي** في هـٰذا الصنف ثلاثة **أقوال** : **أحدها** ـ أن الملك في رقبة الموقوف يبقىٰ للواقف ، ويثبت لمن عليه الوقف استحقاقُ الرَّيْع والفائدة .

والقول الثاني ـ أن الملك يزول إلى الموقوف عليه في الرقبة ، ولـٰكنه محبَّس ، لا يباع ، ولا يوهب ولا يورث ، فيثبت ملك التصرف في الفوائد ، وملك التحبيس في الرقبة .

والقول الثالث ـ أن الملك في الرقبة يزول إلى الله تعالىٰ ، والفوائد يستحقها الموقوف عليه .

وما يقع مضاهياً للتحرير كجعل البقاع مساجدَ ، لا يتجه فيه إلا زوالُ الملك إلى الله تعالىٰ ، علىٰ تفصيلٍ سيأتي في المسائل، إن شاء الله عز وجل .

٥٦٧٦ـ وحقيقة مذهب **أبي حنيفة**[١] ردُّ الوقف إذا كان المقصود به تمليكَ الفوائد ، ومن أصله أنه يلزم بالتسجيل ، وهـٰذا يخرّج على اتباع قضاء القاضي في مواقع الخلاف ، ونُقل عنه أنه ألزم الوصية بالوقف إذا خرجت من الثلث ، وهـٰذا عنده بمثابة الوصية بالمنافع والثمار ، فلا يصح الوقف علىٰ أصله[٢] بنفسه[٣] ، وسلّم لزومَ جعل البقاع مساجدَ ومقابرَ ، ولم ير ذلك وقفاً ، وإنما اعتقده تحريراً .

٥٦٧٧ـ فإذا تمهد ما ذكرناه ترجمةً ، فنذكر بعد ذلك **فصلين** في مقدمة مسائل الكتاب : **أحدهما** ـ في الألفاظ وذكر الصريح منها ، والكناية . **والثاني** ـ في بيان ما يصح وقفه .

---

(١) ر . مختصر الطحاوي : ١٣٦ ، البدائع : ٦ / ٢١٨ ، الاختيار لتعليل المختار : ٣ / ٤٠ .
وما ذكره إمامنا هو قول أبي حنيفة وزفر ، وأما أبو يوسف ومحمد ، فعندهما لا يشترط شيء من هـٰذا ، فقد وافقا الشافعية .

(٢) « علىٰ أصله » أي أصل أبي حنيفة وقواعده ، فإن من أصله أن الوقف لا يصح ، لأنه حبسُ الرقبة ، وتصدقٌ بالثمرة ، والثمرة معدومة ، وعنده لا يجوز التصدق بالمعدوم ، ولذا يصح عنده الوقف إذا كان موصىً به ، ويكون إذاً وصيةً بالمنافع ، وهي تصح عنده .

(٣) أي بذاته بصفته وقفاً ، وإنما يصح إذا كان في صورة وصيةٍ بالمنافع ، كما وضحناه في التعليق السابق .

٥٦٧٨ـ فأما القول في الألفاظ ، فلفظ الوقف على انفراده من غير انضمام قرينةٍ إليه صريحٌ في الباب ، في الفن الذي يتضمن تمليك المنافع والفوائد . هـٰذا هو الذي يُقطع به .

ولفظ التصدق بمجرده غيرُ كافٍ .

وتردد الأئمة بين اللفظين في التحبيس والتَّسبيل ، والتحريم والتأبيد ، فاشتهر خلافُ الأصحاب في التحريم والتأبيد ، فإذا قال : جعلتُ/ هـٰذه البقعةَ محرّمةً [عليَّ][1] وريعُها للمساكين ، أو لفلان وفلان ، وبعدهم للمساكين . أو قال : أبّدتُها ، أو جعلتُها مؤبّدةً ، وذكر المصرف كما سيأتي ، فمن أصحابنا من رأى الاكتفاء بأحد هـٰذين اللفظين ، وزعم أنهما جاريان على الشيوع والذيوع في المقصود ، وذهب آخرون إلىٰ أنهما لا يستقلاّن ؛ فإنهما [يستعملان][2] تأكيدين للوقف والتحبيس ، فإذا ذكرا مفردين ، لم يستقلا .

ش ٢٠٢

فأما لفظ التحبيس والتسبيل ، فالذي قطع به الأئمة أنهما كلفظ الوقف .

وذهب **أبو سعيد الإصطخري** إلىٰ أنهما كنايتان في الباب ، حكاه **الشيخ أبو علي** عنه وزيفه .

وذهب بعض الأئمة إلىٰ نقل تفصيلٍ عن **أبي سعيد الإصطخري** ، فقال : من أصله أن التحبيس صريح ، والتسبيل ليس كذلك . وهـٰذا القائل [يذكر][3] للتفصيل والفرق بين التحبيس والتسبيل **مسلكين** : **أحدهما ـ** أن الرسول صلى الله عليه وسلم غايرَ بين اللفظين في قصة عُمر ؛ إذ قال : «حبِّس الأصل وسبِّل الثمر» فاستعمل التحبيس في الأصول والرقاب ، والتسبيل في الثمار ، وقيل : [عنىٰ][4] صلى الله عليه وسلم بالتسبيل صرفَ الثمار إلى السابلة .

---

(١) في الأصل : غلتها .
(٢) في الأصل : يستقلان .
(٣) في الأصل : يرجم .
(٤) في الأصل : عبر .

والوجه الثاني ـ أن التسبيل من السبيل ، وهو لفظ مبهم ، والتحبيس معناه حبس الملك في الرقبة عن التصرفات المزيلة ، فكان في معنى الوقف .

٥٦٧٩ـ ومما يتعلق بذلك أن الأصحاب ترددوا في لفظ الوقف إذا استُعمل فيما سبيله مضاهاة التحرير ، مثل أن يقول مالك البقعة : وقفتها علىٰ صلاة المصلين ، وهو يبغي بذلك جعلَها مسجداً .

ثم من تردد في التحبيس والتسبيل ، جعلهما صريحين إذا اقترنا بالقرائن المشهورة في الباب ، مثل أن يقول : حبّست علىٰ فلان كذا ، تحبيساً محرّماً مؤبداً ، أو ذكر التسبيل وقرنه بما ذكرناه .

٥٦٨٠ـ وقد ذكرنا أن لفظ التصدّق لا يستقل في الباب ، إذا تجرّد وفاقاً ، وسبب ذلك أنه يستعمل صريحاً في التبرع بالأعيان ، فيقول من يصرف طائفةً من ماله إلىٰ محتاج : تصدَّقتُ بهـٰذا عليك ، وهو يبغي تمليكه الرقبةَ تقرباً إلى الله تعالىٰ ، والمتصدَّقُ عليه يتصرف في الرقبة تصرفَ الملاّك .

فلو قال : تصدقت بهـٰذا علىٰ فلان وفلان ، ـ وذكر معينين ـ صدقةً محرَّمةً مؤبدةً ، أو قال : تصدقت على المساكين صدقةً محرّمةً مؤبدةً ، فللأصحاب اضطرابٌ في لفظ الصدقة مع التقييدات التي ذكرناها/ . فذهب الأكثرون إلىٰ أن اللفظ إذا [تقيد ، التحق][1] بالصرائح في الباب ، وهـٰذا ظاهر المذهب . ٢٠٣ ي

وامتنع آخرون ، وسبب الامتناع أن التصدق صريح في تمليك الرقبة علىٰ خلاف الغرض المطلوب في الوقف .

وذهب ذاهبون إلى اشتراط التقييد بقطع التصرف عن الرقبة ، مثل أن يقول : لا يباع ولا يوهب ؛ فإن التحريم والتأبيد مع لفظ الصدقة قد يحملان علىٰ تأكيد الملك في الرقبة علىٰ معنىٰ أن الملك فيها [مسرمدٌ][2] لا ينقضه المتصدق .

---

(١) في الأصل : تقيدت الثمن . وهو تحريف ظاهر .

(٢) كذا في : (د١) ، (ت٣) ، وفي الأصل : غير واضحة الحرف الثاني (السين) . والسَّرْمد الدائم الذي لا ينقطع . ولم يرد للفعل (سَرْمد) ذكرٌ في المعاجم التي رأيتها (اللسان ، والأساس، والقاموس، والمصباح، والمعجم ، والزاهر) فقد ذكر من الاسم فقط (السرْمد).

وفصل فاصلون بين أن يستعمل التصدّق في معينين يُتصوّر الهبة منهم ، وبين أن يستعمله في جهة لا يتأتىٰ تصوير الهبة فيها كالتصدق على المساكين .

٥٦٨١ـ وحاصل خلاف الأصحاب يؤول أوّلاً إلىٰ وجهين في استعمال لفظ الصدقة ، من غير ذكر الوقف والتحبيس والتسبيل ، فمنهم من لم ير استعمال لفظ الصدقة دون الألفاظ الثلاثة ؛ من جهة إشعاره بتمليك الرقبة [لا][1] علىٰ جهة الوقف ، ومنهم من جوز استعمال لفظ الصدقة مع الاقتران بالقرائن التي ذكرناها .

ثم اختلف هـٰؤلاء في القرائن ، فمنهم من شرط أن يقترن بنفي البيع والهبة ، علىٰ ما جرى الرسم فيه .

ومنهم من اكتفىٰ بأن يُقرنَ بالتحريم والتأبيد، علىٰ ما جرىٰ تفصيل الكلام به .

ثم إذا شرطنا الاقتران، فجرّد الصدقةَ ، فإن خاطب بلفظها قابلاً متعيناً ، فالأصح أنه صدقة بتات ، مقتضاها تمليك الرقبة ؛ فإنها صريحٌ في الباب .

فأما إذا أضاف اللفظ إلى المساكين وغيرِهم من الجهات العامة ، ونوى الوقف ، فالنية هل تنزل منزلة القرائن اللفظية ؟ اختلف أصحابنا في المسألة ، فمنهم من نزّل النية منزلةَ التقييد بالألفاظ ، وأقام لفظ الصدقة مقام الكنايات في الطلاق والعتاق ، وحكمها أنها تعمل مع النية .

ومنهم من لم يكتف بالنية ؛ فإن التصدق صريحٌ في تمليك الرقبة ، وإنما فرقنا بين إضافة الصدقة إلى الجهات العامة وبين إضافتها إلىٰ معين يتصور منه القبول ، لأنها إذا أضيفت إلىٰ معيّن ، تحقق كونها صريحاً في تمليك الرقبة .

فهـٰذا حاصل الكلام في الألفاظ .

وإذا قلنا : التحريم ليس صريحاً ، واقترنت النية به ، يجب القطع بصحة الوقف ؛ لأنه ليس [موضوعاً][2] لتمليك الرقبة ، وقد انتجز غرضنا من الكلام في الألفاظ .

٥٦٨٢ـ فأما القول فيما يصح وقفه ، فنقول أولاً : يصح وقف العقار ، والمنقول ،

---

(١) سقطت من الأصل .

(٢) في الأصل : صريحاً .

ويصح وقف الجماد والحيوان/ . والمتبع أن يكون الموقوف المحبَّس بحيث يثبت له ٢٠٣ ش منفعة مقصودة ، أو فائدة مقصودة ، كالثمار وما في معانيها .

والمنفعة المقصودةُ يضبطها ما يصح استئجارها علىٰ شرط ثبوت الملك في الرقبة ، فإن الحرّ يؤاجر نفسَه ، ولا يصح منه تحبيس نفسه علىٰ جهةٍ ، أو علىٰ أشخاصٍ معينين . ثم علىٰ جهةٍ بعدهم .

٥٦٨٣ـ واختلف الأصحاب في وقف الدراهم لتزيين الدكاكين ، اختلافهم في إجارتها ، والأصح منع الوقف والإجارة ، والتصحيح أقربُ إلى الإعارة .

ويصح أن يحبس حلياً مباحاً ليتحلىٰ به معينون ، ثم بعدهم أيتام ، علىٰ ما يجري الوقف به .

ويصح وقف عبدٍ صغير ، وإن لم يكن منتفعاً به في الحال ؛ لأن الوقف معقودٌ على التأبيد ، فلا يضر استئخار الانتفاع من الأول لنقصٍ في المعقود عليه مصيره إلى الزوال . وهـٰذا كتصحيح النكاح على الرضيعة ، وإن لم يكن منتفعاً بها في الحال . والمعنىٰ ما نبهنا عليه .

وألحق الأصحاب بهـٰذا وقفَ الدراهم علىٰ أن يصاغ منها حلي ، علىٰ قولنا بفساد وقف الدراهم علىٰ أن تبقىٰ علىٰ صفتها ، ويكتفىٰ منها بالتزيين ، وزعموا أن استئخار صيغة الحلي بمثابة استئخار إمكان الانتفاع والمحبّسُ عبدٌ صغير ، أو مُهرٌ صغير .

وهـٰذا فيه بعض النظر ؛ فإن المُهرَ والعبد الصغير يصيران من طريق الخلقة إلىٰ إمكان الانتفاع ، والدراهم والنّقرة ليست كذلك ، [واختيار][1] إنشاء صوغها افتتاح أمرٍ من طريق الإيثار ، ويكاد الوقف أن يكون في حكم المعلّق بما سيكون .

٥٦٨٤ـ فأما وقف الكلب المنتفع به ، فنقول أولاً : تصح الوصية به ، وفي صحة هبته خلافٌ قدمتُه في البيع ، ولا شك في امتناع بيعه ، وفي صحة إجارته خلافٌ مشهور ، ذكرناه في كتاب الإجارة .

---

(١) في الأصل : والخيار .

فإذا تجدد العهد بهٰذه الأصول ، فمن أئمتنا من لم يصحح وقفَ الكلب وإن صححنا إجارته ؛ لأن رقبته ليست مملوكة ، والوقف يستدعي وروداً علىٰ رقبةٍ مملوكة ، ولهٰذا يمتنع وقفُ الحرِّ نفسَه ، وإن كان يصح منه أن يؤاجر نفسَه .

ومن أصحابنا من خرّج صحة وقف الكلب علىٰ صحة هبته ؛ فإن الوقف إثبات اختصاصٍ في جهةٍ ، فكان في معنى الهبة ، وليس الكلب فيه كالحر ؛ فإنه ليس مملوكاً ، وليس في رقبته اختصاص .

وبنى الشيخ **أبو حامد** جواز وقف الكلب علىٰ جواز إجارته .

هٰذه مسالك الأصحاب في وقف الكلب .

٥٦٨٥ـ وأما وقف أم الولد، فقد اختلف أصحابنا فيه ، ورتبوا الخلاف على الوجهين في وقف الكلب ، وجعلوا وقف المستولدة أولىٰ بالصحة ؛ / من جهة أنها مملوكة ، ولم يمتنع فيها من أحكام الملك إلا البيع والرهن ، وبنَوْا الخلافَ علىٰ أن الوقف هل يتضمن نقلَ الملك إلى الموقوف عليه ؟ وفيه الاختلاف المقدم . ي ٢٠٤

فإن قضينا بأن رقبة الوقف مبقّاة علىٰ ملك الواقف ، فلا يمتنع وقف المستولدة ، وإن حكمنا بأن الوقف يتضمن نقل الملك في رقبة الموقوف إلى الموقوف عليه ، فالوقف باطل ؛ فإن الملك في رقبة الموقوف لا يقبل النقل .

هٰذا منتهى القول فيما يصح وقفه وفيما لا يصح وقفه .

٥٦٨٦ـ ثم إن صححنا وقف المستولدة فلو عتَقَت بموت مولاها ، انفسخ الوقف وزال ؛ لأن الوقف يناقض حرية الموقوف .

٥٦٨٧ـ وقد ذكرنا أن العبد المستأجر إذا عتَقَ في أثناء المدة ، فالظاهر أن الإجارة لا تنفسخ ، والفرق ما قدمناه من أن الوقف ينافي الحرية ، والإجارة لا تنافيها . وقد جرت من مالكٍ لها ، ويعتضد ما ذكرناه بأن الإجارة مؤقتة ، والوقف مبناه على التأبيد ، فيستحيل بقاؤه بعد زوال الرِّق ، ولا حاجة إلىٰ هٰذا مع العلم بأن النكاح معقود على التأبيد والحرية الطارئة عليه لا توجب انفساخ النكاح ، فالتعويل علىٰ ما قدمناه من أن الوقف في موضوعه يستدعي ملكاً تاماً . كما قدمناه .

وكان شيخي يقول : من استحق منفعة عبدٍ على التأبيد بطريق الوصية ، لم يملك صرفَ ذلك الاستحقاق إلىٰ غيره بجهة الوقف ؛ فإنه لا ملك له في الرقبة ، والوقف وإن لم يكن تحريراً ، فهو قريب منه ؛ من حيث إنه يقتضي قطعَ تصرف المالك عن الرقبة التي حبَّسها . وقد ظهرت مضاهاة التحرير في المساجد والمقابر .

فهـٰذا ما أردناه .

فصل

٥٦٨٨ـ موضوع الوقف على التأبيد ومنافاة التأقيت ، وهـٰذا الفصل معقود لبيان مسائلَ يجري الوقف فيها علىٰ قضية التأقيت ، ومجموعها يدخل تحت نوعين ، ثم يلتحق بهما مسائلُ ؛ التحاقَ الفروع بالأصول ، والنوعان أصلان مقصودان في الكتاب .

٥٦٨٩ـ فنقول : الوقف الوارد على التأبيد هو الذي يجد مصرفاً من إنشائه ولا ينتهي إلىٰ منقطعٍ ، بل يتصل بمصرفٍ لا يُتوقع انقطاعه ، وهـٰذا كما لو وقف على المساكين والمحاويج ، وجهات الخير ، وكالوقف علىٰ معيّنين موجودين علىٰ قضية تتضمن تعجيل حقوقهم متصلةً بالعقد ، ثم يذكر الواقف انصرافَ الوقف بعد انقراضهم إلىٰ جهةٍ لا تنقطع .

٥٦٩٠ـ ثم قد يُفرض الوقف منقطعَ الآخر ، وقد يفرض منقطع الأول ، ونحن نذكر كل قسم [و][1] ما يليق به .

ونبدأ بالوقف المنقطع الآخر ، وهو أن يقول : وقفت هـٰذه الدار علىٰ أولادي ، ولا يتعرض لمصرفِ الوقف بعد انقراض المذكورين ، ففي صحة/ **الوقف قولان مشهوران** : ٢٠٤ ش

أحدهما ـ أن الوقف لا يصح ؛ فإنه مخالف لموضوعه ؛ إذ موضوعُه [علىٰ][2]

---

(١) ساقطة من الأصل .

(٢) مزيدة من (د١) ، (ت٣) .

التأبيد ، وبه تميّز عن العواري ، ولما رسم رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرَ الوقفَ والتحبيس ، قيّد عمرُ رضي الله عنه التحبيسَ بالتأبيد والتحريم . والوقفُ في الحقيقة قربةٌ يبغي [المتقرِّب بها][(١)] إدامتها . هـٰذا وضعها ومبناها، والصدقات المملِّكةُ تقطع سلطان المتصدق ، وتنتهىٰ نهايتَها بالوصول إلىٰ يد المتصدَّق عليه ، والوقف هو الصدقة الجارية ، فإذا لم يثبت له مصرف متأبّد ، كان مائلاً عن موضوعه . هـٰذا هو القول الصحيح وبه المنتهىٰ .

والقول الثاني ـ أن الوقف يصح ؛ فإنه ليس فيه تأقيت ، والموقوف عليه إذا تعلّق الاستحقاق بعمره جانب الوقفُ التأقيتَ ، والنكاحُ مع ابتنائه على التأبيد ينتهي بانتهاء عمر أحد الزوجين .

وذكر صاحب التقريب قولاً ثالثاً : أن الوقف إذا كان في عقارٍ ، لم يصح إنشاؤه منقطعَ الآخر ، وإن كان الوقف في حيوان ، لم يمتنع ألا يتأبد مصرفه ، فإن الحيوان المحبَّس إلى الهلاك مصيره ، فإذا وقف مالكُ الحيوان الحيوانَ علىٰ شخص معين ، كان ارتقاب بقاء الموقوف مع وفاة الموقوف عليه متعارضاً في التقدير بارتقاب موت الموقوف ، مع بقاء الموقوف عليه .

هـٰذا بيان الأقوال في الأصل . وحقيقتها تتبين بالتفريع .

٥٦٩١ـ فإن حكمنا بفساد الوقف ، فهو جرىٰ لغواً ، والموقوف مقَرٌّ علىٰ ملك الواقف ، لا يتعلق به استحقاقُ المسمَّيْن ، ولا استحقاقُ غيرهم في حياتهم وبعدهم .

٥٦٩١/ م ـ وإن حكمنا بأن الوقف صحيح ، فهو [لازم][(٢)] في بقاء المسمَّين وريعُه مصروف إليهم ما بقوا ؛ وفاءً بشرط الواقف ، فإذا تصرّم المذكورون ، وانقضَوْا ، ففي المسألة **قولان** : **أحدهما** ـ أن الوقف ينتهي بانقضائهم انتهاء النكاح بموت أحد الزوجين ، ثم حكم انتهائه أن يرتد ملكاً ، كما كان قبل الوقف .

والقول الثاني ـ أن الوقف لا ينقطع بانقراض المسمّين .

---

(١) في الأصل : المتصرّف بها .
(٢) في الأصل : نازل .

توجيه القولين : من قال بانقضاء الوقف ، استدلّ بأن المتبع فيه شرطُ الواقف ، ويبعد أن يثبت فيه مصرِفٌ ، لم يتعرض له المحبِّس ، فإذا انقضىٰ مصرفه المسمّىٰ ، واستحال تقدير مصرفٍ ، وامتنع استقلال الوقف من غير مصرف ، فلا يبقىٰ إلا انقلابُه ملكاً .

ومن قال بالقول الثاني ، احتج بأنا لو حكمنا بانقضاء الوقف ، لكان ذلك مفضياً إلىٰ تأقيت الوقف . وهـٰذا تغييرٌ لوضعه ، وتبديل لحقيقته .

التفريع على القولين :

٥٦٩٢ـ إن حكمنا بانقلاب الوقف ملكاً ، فمن ضرورة هـٰذا القول التزام تطرق حكم التأقيت إلى الوقف ، وكأن هـٰذا القائل/ يقول : المرعي في امتناع تأقيت الوقف جانب الموقوف عليه ، وهو غير متأقت في حقه ، وليس الوقف مما يورث حتىٰ يقال : ليثبت في حق الموقوف عليه ثبوتاً يخلفه فيه وارثه ، وليس كالملك في البيع ؛ فإن الخلافة ممكنة فيه . ٢٠٥ ي

ومن منع هـٰذا ، فكأنه يرعى التأبيد في الموقوف [المحبَّس][1] ؛ فإنه المتقرب به . وهـٰذا هو الصحيح . فإذا صححنا الوقف، ثم رددناه ملكاً ، فقد التزمنا نوعاً من التأقيت .

٥٦٩٣ـ وبنىٰ بعض الأصحاب علىٰ هـٰذا القول مسألةً ، وهي أن الرجل إذا وقف داراً سنةً ، أو سنتين علىٰ شخص ، أو علىٰ جهةٍ من جهات الخير ، فهل يصح الوقف ؟ المذهب الذي عليه التعويل أنه لا يصح ، وإن صححنا الوقف المنقطع الآخر ؛ فإن تصحيح ذلك[2] مقرّب[3] من حكم التأبيد ؛ نظراً إلى الموقوف عليه ، وتشبيهاً بالنكاح . فأما التصريح بالتأقيت ، فلا اتجاه له .

٥٦٩٤ـ وأبعد بعض أصحابنا ، فصحح الوقف علىٰ هـٰذه الصيغة ، وقضىٰ بانتهائه

---

(١) في الأصل : للحبس .
(٢) تصحيح ذلك : الإشارة إلى الوقف منقطع الآخر .
(٣) (د١) ، (ت٣) : يقرب .

إذا انتهت المدة ، وهـٰذا لا يحل الاعتداد به ، ولا يسوغ إلحاقه بالوجوه الضعيفة ؛ فإنه في التحقيق إلزامُ عاريةٍ ، والعارية يستحيل الحكمُ بلزومها ؛ فإنها تَرِد علىٰ ما يوجد شيئاً شيئاً ، فلا تستقر فيه اليد ، والتبرعات إنما تلزم بالقبوض ، والوقف خُصَّ بالتصحيح ، ليستمكن المحبِّس من تأبيد قُرَبِه ، فإذا ترك الأصل الذي [بنى الشرعُ الوقفَ عليه][(١)] ، لم يبق فرقٌ بين العاريّة والوقف .

٥٦٩٥ـ فأما إذا قلنا[(٢)] : لا يرتدُّ الموقوف ملكاً عند انقراض المسمَّيْن ، فلا يستقل الوقف دون مصرف . وقد اختلفت الأقوال في مصرِف هـٰذا الوقف ، بعد انقضاء الجهة التي سماها الواقف ، فكان **شيخي** يذكر أوجهاً ، وأطلق **صاحب التقريب** الأقوال ، ولعل بعضها من **تخريجات ابن سريج** .

فأحد الأقوال ـ أن الوقف يُصرف إلىٰ أقرب الناس بالمحبِّس .

والقول الثاني ـ أنه يُصرف إلى المساكين .

والقول الثالث ـ أنه يصرف إلى المصالح العامة ، وهي مصرف خمس الخمس من الفيء والغنيمة .

وتوجيه الأقوال يستدعي تنبيهاً علىٰ مسلكٍ لبعض الأصحاب غيرِ مرضيٍّ ، وذلك أن بعض الأصحاب قال : هـٰذه الأقوال تنزل علىٰ قصود الناس في أوقافهم [فمن][(٣)] يصرف إلىٰ أقرب الناس بالمحبِّس يدعي أن هـٰذا هو الغالب في الأوقاف ، فكأن الواقف ذكره ، وإن لم يصرح به .

والقائل الثاني ـ يبغي القُربة ، وهي إلىٰ سدّ الحاجات أقرب .

والقائل الثالث ـ يذكر الجهة العامة الحاويةَ لوجوه الخير .

ودوران الطريقة علىٰ حمل الوقف علىٰ ما يظن كلُّ واحد عمومَه عُرفاً في المصارف . وهـٰذا زلل ظاهر ، وميلٌ عن المسلك المطلوب .

---

(١) في الأصل : بين الشرع الوقف ، لم يبق .
(٢) عوْدٌ إلىٰ مسألة الوقف منقطع الآخر .
(٣) في الأصل : ومن .

٥٦٩٦ـ ونحن نقول : إذا ثبت بقاء الوقف/ ، فتلقِّي مصرفه من العرف محالٌ ؛ ٢٠٥ ش فإنه مضطرب ، والظاهر أن الواقف لم يرد تأبيد الوقف ، فإن كان المتبع في ذلك حَمْل لفظه علىٰ موجب العرف ، فلفظه ناصٌّ في التخصيص ، فلا معنىٰ لترك موجب لفظه لعرفٍ مختلطٍ ، لا ثبات له ، ولا اطراد فيه ، فالطريقُ في توجيه الأقوال أنا إذا اضطررنا إلىٰ إبقاءِ الوقف ، والوقف أُثبت قربةً في الشرع متعلقةً بمصرف ، ونحن لم نجد مصرفاً من جهة شرط الواقف ، ولا من جهة إرادته ، ردَّدنا الظنون في أَوْلى القربات ، وأثبتناها على الاختلافِ[1] علىٰ خلاف مراد الواقف ، فرأينا في قولٍ الصرفَ إلىٰ أقرب القرابات أولىٰ ؛ فإن أفضل القربات ما يضعها المرء في القرابات ، ويستفيد بها مع التقرّب صلةَ الرحم .

وفي قولٍ : تُعتبر الحاجة ؛ فإن سدّ الحاجات أهمُّ الخيرات .

وفي قول : يحمل المصرف علىٰ أعم الجهات ؛ إذ لا متعلق عندنا في تعيينٍ .

فهـٰذا حقيقةُ هـٰذه الأقوال [والتقرير][2] بعدُ أمامنا .

التفريع علىٰ هـٰذه الأقوال :

٥٦٩٧ـ إن حكمنا بأنه يصرف إلى الأقربين ، فقد اختلف أصحابنا ، فمنهم من قال : يصرف إلى المحاويج من الأقربين ، فإنا إذا كنا نبغي القربة ، فالوجه أن نرعى الحاجة ، ثم نعتبرها مع القرابة .

ومن أصحابنا من قال : لا نرعى الحاجة ، ثم هـٰؤلاء يكتفون بصلة الرحم ، ويضمون إليه أن الوقف الحق[3] ذخرٌ وعمادٌ للأغنياء إذا افتقروا[4] ، فإن الأموال المعرضة [للانتفاع][5] والتصرفات تبيد بالتبذير والصرف ، والأوقاف تبقىٰ لامتناع

---

(١) (د١) ، (ت٣) : وأثبتناها على اختلاف مراد الواقف .
(٢) في الأصل : والتقريب .
(٣) (د١) ، (ت٣) : المحرّم .
(٤) (د١) ، (ت٣) : افترقوا .
(٥) زيادة من : (د١) ، (ت٣) .

بيعها ، وهـٰذا ظاهرٌ في قصود الواقفين علىٰأولادهم ، وإن خلفوا عليهم أموالاً .

٥٦٩٨ـ ومما اختلف أصحابنا فيه في التفريع علىٰ هـٰذا القول : أنا إذا صرفنا إلى الأقرب ، راعينا أَوْلى القرابة باستحقاق الإرث ، أو أقربهم رحماً ؟

من أصحابنا من قال : الأقرب هو الأَوْلىٰ بالميراث ، فابن العم أَوْلىٰ بالوقف من ابن البنت .

والوجه الثاني ـ ولعله الأصح علىٰ حكم هـٰذا التفريع ـ أن قرب الرحم أَوْلىٰ ؛ فإن الغرض صلة الرحم ، ولا مزيد علىٰ قاعدة الشرع ؛ [إذْ](١) حرم الوارثَ وجوهَ المبارّ الواقعةِ وصيةً ، وحمله على الاكتفاء بالإرث .

وإن فرعنا علىٰ صرف الوقف إلى المساكين ، فقد اختلف أصحابنا علىٰ ذلك : فمنهم من رأىٰ محاويجَ الجيران أَوْلىٰ ، ومنهم من لم يفرّق . وتقديم الجيران لا معنىٰ له ؛ فإنا إن سلكنا هـٰذا المسلك [وقعنا](٢) في الصرف إلىٰ محاويج القرابة ، وهو القول الأول ، فلينتبه الناظر لما يمرّ به .

وينقدح في هـٰذا القول جواز نقل الرَّيْع من مساكين البلدة ، ومنعُ ذلك يجري على اختلاف القولين/ في نقل الصدقات . ي ٢٠٦

وإن فرعنا على الصرف إلى المصالح العامة ، لم يتصرف فيه غيرُ الوالي . هـٰذا هو الرأي الظاهر . ولا يبعد عن الاحتمال ردُّ ذلك إلىٰ نظر المتولِّي ، إن كان في الوقف متولٍّ . والقول في المتولي في الوقف المنقطع الآخر قد يغمض ، علىٰ ما سنذكره من بعدُ .

٥٦٩٩ـ ومن تمام التفريع أن من رأى الصرف إلى الأقربين ، قال : لو انقرضوا ، أو لم يكونوا ، فالمصرف مردودٌ إلى القولين الآخريْن ، وانقراض الأقربين لا يوجب انقطاع الوقف ؛ فإنا نفرع علىٰ أن الوقف لا ينقطع ، وإن انقطعت الجهات التي ذكرها الواقف .

---

(١) في الأصل : إن .

(٢) في الأصل غير مقروءة .

٥٧٠٠ـ ومما نفرعه أيضاً أن مَنْ وقف وأقّت ، وصرّح بالتأقيت ، فقال : وقفت هـٰذا علىٰ فلانٍ سنةً ، فإذا كنا [لا][1] نصحح الوقفَ المنقطع الآخر ، وكنا نرىٰ أن الوقف يتأبّد وراء انقراض ما ذكره الواقف ، فإذا وقع التصريح بالتأقيت ، فلا شك أن هـٰذا أحرىٰ بالفساد ، ولـٰكن إذا صححنا فنثبت وراء الوقف مصرفاً ، والقول فيه يختلف ، كما تقدم في الوقف على الأولاد من غير تعرضٍ للمصرف بعدهم .

٥٧٠١ـ ومأخذ هـٰذا الذي ذكرناه مع التصريح بالتأقيت أصلٌ عظيم في الوقف ، يكاد أن يكون قطباً لشطر المسائل ، ونحن نقرره ، ونذكر ما فيه ، ثم نعود إلى التصريح بالتأقيت ، فنقول :

العتق إذا نُجِّز وأُقِّت ، نفذ ، وتأبد ، وإذا شُرط في العتق شرطٌ فاسد ، لا علىٰ معرض التعليق ، لغا الشرطُ ، ونفذ العتقُ ، فمؤقته منفّذٌ مؤبد ، ومذكوره علىٰ حكم الفساد صحيح ، وكذلك القول في الطلاق .

٥٧٠٢ـ فأما الوقف ، فإنه ينقسم إلىٰ وقفٍ يضاهي التحرير ، وإلىٰ وقفٍ يبعد عن مضاهاة التحرير . فأما الوقف الذي يضاهي التحرير ، وهو جعل بقعةٍ مسجداً ، فهـٰذا النوع لا يفسد بالشرط ، ولا يتأقت بالتأقيت ، بل يتأبد على الصحة . هـٰذا هو الظاهر ، وما عداه مطَّرحٌ ، وسيأتي الشرحُ عليه، إن شاء الله عز وجل .

٥٧٠٣ـ فأما ما لا يضاهي التحرير ، كالوقف على الأعيان ، وجهات الخير ، فإذا قرن بشرطٍ فاسد أوْ أقّت ، لم يخلُ إما أن يكون مما يشترط القبول فيه ، وإما ألا يكون شرطاً فيه ، فإن لم يكن القبول شرطاً فيه ، ففي نفوذه مع الاقتران بالشرط المفسد . **وجهان** ، وفي تأبده مع تصريحه بالتأقيت وجهان : **أحدهما ـ** أنه يُنحىٰ به نحو العتق ، فنيفذ علىٰ موجب الشرع ، وينحذف التأقيت ، والشرطُ الفاسدُ .

والوجه الثاني ـ أنه يفسد ، ولا ينفذ ؛ فإن الوقف مداره على اتباع الشرائط في جهة

---

(١) في النسخ الثلاث « نصحح » بدون [لا] . وزيادتها تقدير منا علىٰ ضوء عبارة الإمام : « فلا شك أن هـٰذا أحرىٰ بالفساد » ، فإن أفعل التفضيل يقتضي اشتراك المسألتين في صفة الفساد وعدم الصحة ، والله أعلم .

الصحة ، وكل ما اتبع الشرط الصحيح فيه أفسده الشرط الفاسد ، والعتق قطعٌ للملك ، واستئصالٌ لسلطنة التصرف .

فأما الوقف الذي يشترط القبول فيه علىٰ رأي [بعض][(١)] الأصحاب ، فالأصح أنه يفسد بالشرط الفاسد ، فسادَ العقود المفتقرة إلى الإيجاب والقبول .

ش ٢٠٦ **٥٧٠٤ـ** فإذا/ ثبتت هٰذه المراتب ، عاد بنا الكلامُ إلى التصريح بتأقيت الوقف ، فإن أفسدناه ، فالملك دائم ، والوقف باطلٌ ، في [الوقت][(٢)] ووراءه ، وإن صححناه ، وأبّدناه[(٣)] ، فهٰذا الوجه علىٰ هٰذا القول له[(٤)] اتجاه علىٰ حال ؛ أخذاً مما ذكرناه الآن .

فأما تصحيح الوقف مع التأقيت ، وردّه إلى الملك بعد الوقف كما ذكرناه في التفريع على القول الأول ، فكلام فاحشٌ مشعر بذهول صاحبه عن فقه الكتاب .

هٰذا منتهى الغرض الآن في ذكر الوقف المنقطع الآخر ، وهو أحد الصنفين الموعودين .

٥٧٠٥ـ فأما الوقف الذي لا ينتجز له مصرف في الأول ، فنصوّره ، ثم نذكر تفصيل المذهب فيه ، ومضطرب المختبطين ونردّ الأمرَ إلى التحقيق .

٥٧٠٦ـ فإذا قال القائل : وقفت داري هٰذه علىٰ من سيولد لي ، ولا ولد له ، أو وقفتُ على المنتظَرين ، دون الموجودين منهم ، فهٰذا الوقف لا مصرف له من جهة الأول .

وقد قال الأئمة : في صحة هٰذا الوقف قولان مرتبان على القولين في الوقف المنقطع الآخر ، وجعلوا الانقطاع في الأول أولىٰ باقتضاء الفساد ؛ من حيث لم يجد الوقف مرتبطاً يثبت عليه ، بخلاف ما إذا انقطع آخره .

---

(١) ساقطة من الأصل .
(٢) في الأصل : الوقف . وعبارة (د١) ، (ت٣) : بالوقت .
(٣) (د١) ، (ت٣) : وإن صححناه ، أيدناه ، وهٰذا .
(٤) (د١) ، (ت٣) : . . لا اتجاه له علىٰ حال .

٥٧٠٧ـ والذي أراه عكسُ هـٰذا الترتيب ؛ فإن الوقف إذا انقطع آخره ، حاد عن وضعه ، كما مهدته قبلُ ، والوقف إذا لم يستعقب مصرفاً ، ومصرفه منتظَر ، فليُنتظر إلىٰ أن يقع . وإن دل هـٰذا على الفساد ، فالانقطاع في الآخر أدلّ عليه . وتعليق الوقف في الأول ـ مع التصريح به في هـٰذا القسم ـ يناظر التصريحَ بالتأقيت في قسم انقطاع الآخر ، فإذا قال : إذا جاء رأس الشهر ، فقد وقفت داري هـٰذه على المساكين ، فالذي ذهب إليه أئمة **العراق** القطعُ بالفساد ، وذكر **المراوزةُ** خلافاً في تصحيح تعليق الوقف .

وأنا أقول : قد ذكر **العراقيون** في الوقف المؤقت خلافاً ، فما وجه قطعهم بإفساد التعليق ، وقد ذكروا في هـٰذا الوقف علىٰ ما سيكون خلافاً ، وهو على التحقيق تعليق ، والعتق يصح تعليقه ، وإن كان يفسد تأقيتُه ، وليس بين التعليق وبين [القُرْبة][1] المؤبدة ـ إذا وقعت من المنافاة ـ ما بين التأقيت والتأبيد . نعَمْ ، إن كان الوقف لا يشترط القبول فيه ، (2) فتصحيح التعليق فيه متجه ، وإن كنا نشترط القبول فيه (2) ، فالتعليق فيه بعيد ، كما ذكرناه في تعليق التوكيل .

ولا يتبيّن سرُّ القول إلا بالتفريع ، ونحن نفرع على الوقف علىٰ من سيكون ، ثم نعود إلى التعليق .

٥٧٠٨ـ فإذا قال : وقفت علىٰ من سيولد لي ، فإن أفسدنا الوقف ، فالملك مطرد ، والوقف لاغٍ ، ولا يثبت إذا ولد المنتظر .

وإن حكمنا بصحة الوقف ، فقد ذكر الأئمة **خمسة أوجهٍ** في مصرف الوقف ، قبل وجود المولود المنتظر ، ذكرنا ثلاثة منها في انقطاع الآخر ، ولا يضر إعادتها ، **فأحد الوجوه** ـ/ أن الوقفَ يصرف إلى الأقربين بالمحبِّس . ٢٠٧ ي

والثاني ـ أنه يصرف إلى المساكين .

والثالث ـ أنه يصرف إلى المصالح العامة .

---

(١) في الأصل : القرابة .

(٢) ما بين القوسين سقط من (د١) ، (ت٣) .

وزاد الأصحاب وجهين : **أحدهما** ـ يخرج في هـٰذه الصورة والآخر يخرج في نظيره لها .

فأما الوجه الخارج ، فهو أن الرَّيع مصروف إلى الواقف إلىٰ وجود من يوجد .

والوجه الثاني ـ أن الموقوف عليه إن كان موجوداً ، وكان الشرط الذي تعلق الوقف به مفقوداً ، فهو مصروف إليه ، وبيانه لو قال : وقفت داري هـٰذه علىٰ من يفتقر من أولادي ، ولا فقير منهم ، فهو مصروف إليهم .

هـٰذا نقل ما ذكره الأصحاب ، والتحقيق عندنا وراء ذلك .

٥٧٠٩ـ فنقول : ظهر التفريع علىٰ إفساد الوقف ، فإن صححناه ، فمقتضاه تأخير استحقاق الريع عن وقت إنشاء الوقف، فنقول : أيقع الوقفُ كذلك أم يقع مستعقباً للاستحقاق ؟ فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما** ـ أنه يقع علىٰ حسب ما وضع ، كما يتعلق العتق إذا عُلق ، وينتجز إذا نجِّز ، هـٰذا وجه .

والوجه الثاني ـ أنه يستعقب الاستحقاق علىٰ خلاف ما أشعر به لفظُ المحبِّس .

توجيه الوجهين : من قال : لا يثبت الاستحقاق عَقِيب الوقف ، قال : إذا لم يفسد الوقفُ ، ولم يبعد أن يثبت كما أثبته الواقف ، لزم الجريان علىٰ موجب لفظه ، ومقتضاهُ تأخير المصرف .

ومن قال بالوجه الثاني ، استدل بأنه نجّز الوقفَ إذا قال : « وقفت هـٰذا » ، ولم يعلقه ، وسنتكلم في التصريح بالتعليق ، وإذا انتجز الوقف ، لزم ثبوت مصرفٍ له . وقد يقول هـٰذا القائل : الوقف لا يقبل التعليق ، فإذا تضمن اللفظُ التعليق ، ثم حكمنا بصحة الوقف ، فهو علىٰ مذهب إلغاء الفاسد ، وتنفيذ الوقف علىٰ موجب الشرع ، وهـٰذا يتضمن تنجيز المصرف .

التفريع : **٥٧١٠ـ** إن حكمنا بأن الاستحقاق يستأخر ، فالوقف هل يثبت أم يتأخر ثبوته ؟ فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما** ـ أنه يتأخر ثبوته ، كما يتأخر العتق إذا أُخر .

وقد قال **شيخي أبو محمد** : وقعت مسألة في الفتاوىٰ في زمان **الأستاذ أبي إسحاق** وهي أن من قال : « وقفتُ داري هـٰذه على المساكين بعد موتي » . فأفتى **الأستاذ** بأن

الوقف يقع بعد الموت وقوعَ العتق في المدبّر بعد الموت ، وساعده أئمة الزمان ، وهـٰذا تعليق على التحقيق ، بل هو زائد عليه ؛ فإنه إيقاع تصرفٍ بعد الموت ، وسنتكلم في هـٰذه المسألة في فروع الكتاب، إن شاء الله تعالىٰ .

والوجه الثاني ـ أن الوقف يثبت ، وإن استأخر الاستحقاق به ؛ فإنه قال : وقفت هـٰذا علىٰ من سيولد ، فلفظه تنجيز الوقف مع تأخير الاستحقاق .

فإن قلنا : الوقف غير واقع ، فالدار ملكه في الحال ، والتصرفات فيها نافذةٌ ، حَسَب نفوذها في العبد المعلّق عتقُه بصفةٍ .

وإن/ قلنا : الوقف واقعٌ ، والاستحقاق [مستأخر][1] فالريْع مصروفٌ إلى ٢٠٧ ش المالك ؛ فإن استحقاق الريْع مستأخر .

هـٰذا إذا فرعنا علىٰ هـٰذا الوجه .

وإن قلنا بالوجه الآخر ، وهو : إن الوقف ناجز ، والاستحقاق ناجزٌ أيضاً ، فالواقف لم يذكر مصرِفاً قبل وجود المنتظَر ، أو قبل تغيّر صفة في الموجود [تجعله متعلقاً][2] للاستحقاق ،فهـٰذا إذاً وقف يقتضي مصرفاً ، لم يذكر الواقف مصرفه ، فينقدح فيه الأوجه الثلاثة التي ذكرناها .

ولا يجري في هـٰذا المسلك الصرفُ إلى المالك ؛ فإنا نبغي في هـٰذا المنتهىٰ مصرفَ قُربةٍ لوقفٍ يستدعي مصرفاً عاجلاً .

نعم ، إذا قال : وقفت علىٰ من يفتقر من أولادي ، فذِكْر وجهٍ رابعٍ في الصرف إلى الولد قبل أن يفتقر قد يتّجه علىٰ بُعْدٍ ؛ من حيث إنه أولىٰ من أقاربه الذين لم يذكرهم ، فالوقف عليه قربة .

فهـٰذا تحقيق القول في تنزيل هـٰذه الوجوه . وقد أرسلها الأصحاب وأتينا بها في مظانها مفصلةً .

---

(١) في الأصل : والاستحقاق غير واقع .

(٢) في الأصل : « جعله منغلقاً » وعبارة (د١) ، (ت٣) : « جعله متعلقاً ». والمثبت تصرّف من المحقق ، نرجو أن يكون صواباً .

٥٧١١ـ ونحن نذكر وراء ذلك التصريحَ بتعليق الوقف .

فإذا قال : إذا جاء رأس الشهر، فقد وقفت داري هـٰذه ، فهـٰذه الصورة رتبها الأئمة **المراوزة** علىٰ ما إذا قال : وقفت علىٰ من سيولد لي ، أو علىٰ من يفتقر من أولادي ، ورأَوْا التصريحَ بالتعليق أولىٰ بالفساد ، وبنَوْا ذلك علىٰ أن قوله : « وقفتُ » تنجيز للوقف .

وقد ذكرنا ما يتعلق بهـٰذا [و][١] فهم الناظر من كلامنا أن قبول الوقف الذي لا يُشترط القبول فيه ـ للتعليق ليس بدعاً ، سيّما إذا حكمنا بأن الوقف لا يفسده الشرط ، كالعتق والطلاق .

ثم إن أفسدنا الوقف ، فلا كلام ، ولا يقع الوقف عند وجود الصفة أيضاً .

وإن لم يبطل ، عاد الوجهان في أن الوقف ينتجز ، أو يتعلق، وانتظم التفريع بعده علىٰ حسب ما مضىٰ ، حرفاً حرفاً ، غيرَ أن ما وجهنا به بعضَ الوجوه من اقتضاء قول الواقف : « وقفت » تنجيزاً لا يتجه في التصريح بالتعليق .

٥٧١٢ـ وعلى الفقيه الآن أن يفهم موقع الوجهين في الصنفين اللذين هما عماد الكلام ، ذكرنا وجهاً في انقطاع الآخر يشير إلىٰ أن تأقيت الوقف صحيح ، وهـٰذا في نهاية الفساد ، وذكرنا الآن وجهاً أن تعليق الوقف صحيح عند بعض أصحابنا ، وهـٰذا وإن استبعده **العراقيون** غيرُ بعيد عندي في القياس .

٥٧١٣ـ وكنت أود أن أجد لبعض الأصحاب وجهاً في جواز تعليق الإبراء ؛ فإنه ليس بعيداً عن القياس [إذا][٢] لم يشترط القبول فيه ، فإذا وجدت هـٰذا/ في الوقف ، اتجه مثله في الإبراء ، وقد **قال ابن سريج** في تفريعات القول **القديم** في الضمان : إنه يصح تعليقه ، فإذا صح تعليق الالتزام ، فلأن يصح تعليق الإبراء أولىٰ . ي٢٠٨

وقد انتهىٰ تأسيس الكلام بانقطاع الوقف في الطرف الآخِر ، والطرف الأول .

---

(١) مزيدة من : (د١) ، (ت٣) .
(٢) ساقطة من الأصل .

٥٧١٤- ثم إنا نُلحق بما مهدناه مسائل سهلةَ المُدرك علىٰ من أحاط بما تقدم .

منها - أن من وقف داره على وارثه في مرض موته ، ثم بعده على المساكين ، فالوقف باطلٌ على الوارث في مرض الموت ، فتلتحق هٰذه المسألة بانقطاع الوقف في الأول ، ولٰكن قال الأصحاب : لا نقطع ببطلان الوقف على الوارث في الحال ، وإنما [يتبين][1] الفساد إذا مات من مرضه ، فقد وجد الوقف متشبثاً ، فرأى الأصحاب أن يرتبوا هٰذا علىٰ ما إذا عري الوقف عن مصرفٍ من جهة اللفظ والذكر .

وهٰذا الترتيب قليل النَّزَل[2] ؛ فإنه إذا تبين انقطاع الوقف أولاً ، فالظن السابق لا حكم له ، إذا كان التبين علىٰ خلافه .

٥٧١٥- ومما ذكره الأصحاب ملتحقاً بهٰذا الأصل : أن من وقف علىٰ شخص معيّن ، ثم بعده على المساكين ، فلم يقبل ذلك المعين ، والتفريع علىٰ أن قبوله شرط ، فالوقف انقطع من هٰذه الجهة ، فيخرّج على الخلاف المتقدم في انقطاع المصرف أولاً ، ورأَوْا ترتيب ذلك علىٰ ما إذا وقف [علىٰ][3] من سيولد ، وزعموا : أنه علق الوقف بحاضرٍ ، ثم كان الانقطاع من جهة غيره .

وهٰذا كلام عري عن التحصيل ، لا ينبغي أن يقع التشاغل به . نعم ، لو قلنا : إن القبول ليس بشرط ، فإذا وقف علىٰ معيّن ، ثم بعده على المساكين ، فلو رد الموقوفُ عليه الوقفَ ، فينقدح في هٰذه الصورة ترتيبٌ ؛ من حيث إن الوقف ثبت متصلاً مستعقباً ثبوت مصرفٍ ، ثم ارتد بالرد ، فلا يمتنع أن يرتب هٰذا [علىٰ ما لو لم يثبت للوقف متعلق أصلاً][4] .

٥٧١٦- ومما يجري في هٰذه الفنون ، أنه لو قال : وقفت علىٰ فلانٍ ، ثم بعده على

(١) في الأصل : ينشأ .
(٢) النَّزَل : بفتح النون المشدّدة ، والزاي أيضاً ، من قولهم : فلان ليس بذي نَزَل ، أي ليس له عقل ولا معرفة ، وقولهم : طعامٌ كثير النزل (وزان سبب) أي كثير البركة ، فالمعنىٰ : ترتيب لا طائل وراءه . (المعجم والمصباح) .
(٣) ساقطة من الأصل .
(٤) ما بين المعقفين سقط من الأصل .

المساكين ، فإذا لم يقبل ، أوْ ردَّ على التفصيل الذي ذكرناه ، فيتجه هاهنا الصرف إلى المساكين ؛ من جهة أنه جعل المصرف صائراً إليهم إذا انقطع استحقاق المسمَّىٰ أولاً ، فإذا لم يستقر الاستحقاق عليه ، فيتجه تنزيل ذلك منزلة ما لو انقرض المعيّن بعد ثبوت الاستحقاق لهم . هـٰذا بيان تمهيد الأصول وفروعها .

٥٧١٧ـ ومما يجب التنبيه له أن من وقف علىٰ بطونٍ ، ورتبهم في الاستحقاق ، فاستحقاق البطن الأول إذا اعتبر بنفسه ، كان علىٰ حكم التأقيت ، واستحقاق البطن الثاني إذا اعتبر بنفسهِ ، فهو علىٰ حكم [التعليق][1] ، ولا امتناع فيما ذكرناه من التأقيت والتعليق إذا اطرد الوقف/ ، ولم ينقطع أهل المصرف أولاً وآخراً ، ووسطاً . ومثل هـٰذا لا يسوغ فرضه في الإجارة ، فإن المعتبر فيها أعيان العاقدين ، والمعتبر في الوقف وقوعه قربة علىٰ وضع الشرع ، فلا نظر إلىٰ تناوب المستحقين . ش ٢٠٨

فَرْعٌ : **٥٧١٨ـ** إذا أشار إلىٰ عبدين ، وقال : وقفت أحدَهما ، ولم يعيّن ، ففي صحة الوقف على الإبهام وجهان : **أحدهما** ـ المنعُ ؛ فإن الوقف مبنيٌّ علىٰ قضيةٍ معلومة ، يقصد الواقف بوقفه التقرّبَ إلى الله تعالىٰ بتحبيسِ معينٍ ، أو يقصد تمليك شخصٍ رَيْعَ عينٍ معينة ، فإذا فرض على الإبهام ، كان كالإبهام في البيع والهبة ، والإجارة وغيرها .

ومن أصحابنا من قال : يصح الوقف على الإبهام ، كما يقع العتق على الإبهام ، إذا قال مالك العبدين : « أحدكما حُرّ » . وهـٰذا التردد يضاهي ما قدمناه من تردد الأصحاب في أن الوقف هل يقبل التعليق قبولَ العتق له ، ويلتفت على التردد في أن الوقف إذا اقترن بالشرط المفسد ، هل يفسد أم ينفذ نفوذَ العتق ؟

ثم إن لم نحكم بثبوت الوقف على الإبهام ، فلا مساغ لتنفيذه علىٰ خلاف إيقاعه ، وليس كما إذا أُقِّت ، فقد يُؤبّد مؤقّتُه ، والسبب فيه أنا نجد لتأبيد المؤقت مثالاً ، ووجهاً ، ولا وجه إذا بطل الإبهام[2] غيره .

---

(١) في النسخ الثلاث التعلق.

(٢) هـٰذا القوس متصل بنظيره في الصفحة التالية.

وإن صححنا الوقف على الإبهام ، فهو إذاً علىٰ هـٰذا الوجه بمثابة العتق (١) .

[فلو قال : « وقفت : أحدَهما » ، طالبناه بالتعيين ، كما نطالب من يُبهم العتقَ ، ثم قد يُفضي التفريع إلى الإقراع ، فهو إذاً علىٰ هـٰذا الوجه بمثابة العتق](٢) .

٥٧١٩ـ ولو قال : « وقفت عبدي هـٰذا علىٰ أحدكما » ، فأبهم الموقوفَ عليه ، فقد قال الأصحاب : الوقفُ مردود ، لا مساغ له .

وكان شيخي يقول : « إن حكمنا بأن الوقف يفتقر إلى القبول ، فالإبهام يُبطله ، وإن حكمنا بأنه لا يفتقر إلى القبول ، لم يبعد ثبوت الوقف على الإبهام ، ثم على الواقف البيان ، ولا يبعد إجراء القرعة بينهما عند تعذر البيان » .

وهـٰذا فرع بعيد على أصلٍ نازحٍ ، فيبعد مأخذ الكلام فيه .

فَرْعٌ : **٥٧٢٠ـ** إذا قال الرجل : « وقفت داري هـٰذه » ، ولم يتعرض لذكر المصرف أصلاً ، فقد ذكر الأئمة أن الأصح بطلان الوقف ، وحكَوْا وجهاً بعيداً في صحته ، ثم رددوا الأقوال في المصرف ، كما تقدم ، ورتبوا فساد الوقف في هـٰذه الصورة علىٰ فساد الوقف المنقطع من جهة الأوّل ، وعلىٰ فساد الوقف المنقطع من جهة الآخر ، وزعموا أن إطلاق الوقف مع السكوت عن مصرفٍ أولىٰ بالفساد .

وفي هـٰذا فضلُ نظر ؛ فإنا إذا كنا نثبت مصرفاً حيث نفى المصرفَ في طرفي الوقف ، فلا يبعد أن نُثبت مصرفاً حيث لم ينفه ، ولم يثبته .

ولا شك أن الأظهر الفساد .

٥٧٢١ـ ومن لطيف القول/ أنه لو وقف على الكنائس والبِيع ، وكتبة التوراة ، فوقفه باطلٌ ، لا خلاف فيه ، ولم يصر أحد إلىٰ إبطال المصرف الذي ذكره ، وتنزيل الوقف علىٰ مصرفٍ صحيح ، وهـٰذا يؤكد أن إطلاق الوقف باطل ؛ فإنه لو جمع جامع بين إفساد المصرف الذي ذكره بناءً علىٰ حذف الفاسد ، وبين تنزيل الوقف بعد هـٰذا ٢٠٩ ي

---

(١) هذا القوس متصل بما قبله في ذيل الصفحة السابقة. وما بين القوسين ساقط من (د١)، (ت٣).
(٢) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .

الحذف علىٰ مصرفٍ يصح ، لكان قياساً علىٰ حسب هٰذه الأصول . ولٰكن الذي بلغنا من الأصحاب القطعُ بالبطلان .

والذي يتجه فيه أن الوقف ينقسم إلىٰ وقف تمليك ، وإلىٰ وقف قُربة ، فأما وقف التمليك ، فهو بمثابة الوقف علىٰ معينين ، وهو جائز ، وإن لم يكن فيه قُربة ، وهو كالوقف على الكفار . **والقسم الثاني** ـ الوقف علىٰ جهات القربة ، فأما الوقف على البِيَع ، فليس تمليكاً ، ولا قربة ، فبطل ، والوقف المطلق يحتمل الصرف إلى القربة ، فانقدح فيه الخلاف على البعد .

وقد نجز تمهيد هٰذا الأصل علىٰ أحسن مساق .

فَصْلٌ

معقود في شرائط الوقف ، وما يصح منها وما يفسد

٥٧٢٢ـ فنقول أوّلاً : موضوع الوقف الإلزام والإبرام ، وقطعُ الخِيَرة ، كما أن موضوعه التأبيد ، كما تفَصّل القولُ فيه في الفصل السابق .

فإذا وقف علىٰ معيّنين ، أو علىٰ جهةٍ من جهات القُربة ، فالرجوع إلىٰ شرط الواقف في الصفات المرعية في الاستحقاق ، وفي الأقدار المستحقَّة ، والترتيب والجمع ؛ فإن الواقف هو المفيد ، وله الخِيَرةُ في كيفية الإفادة وقدرِها .

فلو وقف وقدَّر ، وأثبت لنفسه الخِيَرةَ في التغيير والتقديم ، والتأخير ، والأثرة [والتفضيل](1) ، وجعل لنفسه أن يحرم بعد الوقف من شاء ، ويزيد من أراد ، فهل يصح الشرط علىٰ هٰذا الوجه ؟ فعلىٰ وجهين : **أحدهما** ـ أنه لا يصح ؛ فإن مبنى الوقف على اللزوم ، فإن كان الموقوف عليه عرضةً لأن يُحرم ، لم يتحقق اللزوم في مستقر الوقف ، وبقيت سلطنةُ الواقف بعد ثبوت الوقف . وهٰذا محالٌ .

ومن أصحابنا من صحح الشرط كذلك ، وأوجب الوفاء به ، وحكم بأن اللازم

(١) في الأصل : التفاصيل .

أصلُ الوقف ، فلا مردّ له بعد صحته ، فأما تفاصيل المصارف ، فلا يمتنع تعلُّقُها باختيار الواقف .

٥٧٢٣ـ ولا خلاف أنه لو أطلق ذكرَ المصارف ، وأتىٰ بالوقف مستجمعاً لشرط الصحة ، ثم رام تغييراً ، لم يجد/ إليه سبيلاً . ٢٠٩ ش

٥٧٢٤ـ فإن صححنا الشرط الذي وصفناه ، فلا كلام ، وإن أفسدناه فهل يفسد الوقف بفساده ؟ فعلى الخلاف الذي قررناه قبلُ في تشبيه الوقف بالعتق والطلاق ، أو قطعِه عنهما ، فإن أفسدنا الوقفَ ، فالملك مستدامٌ ، والوقف لاغٍ .

وإن حذفنا الشرطَ ، قررنا الوقفَ على المصارف على الإلزام .

٥٧٢٥ـ ولو قال الواقف بعد ذكر المصارف : جعلتُ إلىٰ فلان التقديمَ ، والأثرةَ ، والحرمانَ ، فإن لم نصحح من الواقف شرطَ ذلك لنفسه ، فلأن لا يصح شرطه ذلك لغيره أولىٰ ، وإن صححنا شرطه لنفسه ، ففي صحة الشرط للغير **وجهان** : **أصحهما** ـ الفساد ، ثم إذا فسد ، ففي فساد الوقف الكلامُ المقدم .

٥٧٢٦ـ ومسائل الوقف تنتشر من اختلاف ألفاظ الواقفين ، وحظ الفقه منها اتباعُ مقتضى الصيغ ، وإنما يُحيط بالألفاظ ذَرِبٌ باللغة ، وعلمِ اللسان ، ماهرٌ فيما يتعلق بمعاني الألفاظ في أصول الفقه[1] ، وليس الفقه إلا الإرشادَ إلىٰ ما يصح ويفسد ، والدعاءَ إلى اتباع اللفظ .

ثمّ يقع في ألفاظ الواقفين العمومُ والخصوص ، والاستثناءات ، والكنايات ، وهي المتاهة الكبرىٰ ، ويجب التثبت عندها ، [ليتبيّن][2] انصرافُ الضمائر[3] إلىٰ محالّها .

ومما يتكرر مسيس الحاجة إليه الجمعُ والترتيب ، (فالواوُ) جامعةٌ ، وكلمة (ثُم) مرتِّبةٌ ، فإذا قال : « وقفت علىٰ فلان وفلان » ، اقتضىٰ ذلك اشتراكَهما ، [ولو قال :

---

(١) عُني إمام الحرمين بمعاني الألفاظ في كتابه (البرهان) في أصول الفقه (ر. الفقرات : ٨٤ـ١١٤).
(٢) في الأصل : لبيتني .
(٣) (د١) ، (ت٣) : الضمان .

علىٰ فلان ، ثم فلان ، اقتضىٰ ترتُّباً][١] .

وفيه دقيقة ، وهي أن الواو إذا لم يقترن بها ، أو لم يستأخر عنها ما يقتضي ترتيباً محمولةٌ على الجمع ، وقد يستأخر عن الواو ما يتضمن ترتيباً ، وهـٰذا مثلُ قول المحبِّس : وقفت علىٰ أولادي ، وأولاد أولادي ، وأولادهم ، فهـٰذا لو اقتصر عليه ، لاشتركوا ، ولا يمتنع أن يقول : بطناً بعد بطن ؛ [فيترتب][٢] ؛ فإن الواو قد تقتضي الاشتراك في أصل الاستحقاق ، وقد تقتضي الاشتراكَ في الأصل ، والتفصيلَ ، وذلك إذا تجرد[٣] عما يقتضي الترتيب .

٥٧٢٨ـ وأما الاستثناءات ، فيتعين تتبعها ، فالمسألة المشهورة **للشافعي** أن الاستثناء الواقع آخراً ينصرف إلىٰ جميع ما تقدم إذا لم يمنع من انصرافه مانع ، فكذلك القول في الصفات ، وبيان ذلك أنه لو قال : وقفت علىٰ أولادي ثم علىٰ إخوتي ، ثم علىٰ أعمامي إلا أن يفسق منهم أحد ، فهـٰذا ينصرف إلى الجميع ، ولا يختص/ به المتأخرون . ي ٢١٠

والمسألة تذكر في الأصول[٤] ، وعليها بنىٰ **الشافعي** قوله في قبول شهادة القاذف إذا تاب ، تعلقاً بظاهر قوله تعالىٰ : ﴿ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُوا۟ ﴾ [النور : ٥] ، ومثال الصفة ، أن يقول : « وقفت علىٰ أولادي ، ثم بعدهم ، علىٰ إخوتي ، ثم بعدهم علىٰ أعمامي ، الفقراء منهم » ، فهـٰذه الصفة يُنحىٰ بها نحو الاستثناء ، وتنصرف على المذكورين ، وهـٰذا الكلام مبهمٌ ، يحتاج إلىٰ مزيد تفصيل .

والوجه فيه أن نقول : إذا قال : وقفت علىٰ أولادي ، ثم بعدهم علىٰ بني فلان ، ثم بعدهم علىٰ إخوتي إلا أن يفسق منهم أحد ، فهـٰذا ينصرف إلى المتقدمين ، كما ذكرناه ، ولا يختص بالمتأخرين ، بل يتعلق حكمُه بالجميع .

---

(١) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .
(٢) سقطت من الأصل .
(٣) كذا : بحذف (تاء) المضارعة في أوله ، أو (تاء) علامة التأنيث في آخره . أو تُنطق بالبناء للمجهول .
(٤) راجع البرهان : فقرة ٢٨٧ـ٢٩٣ .

ولو ذكر الذين وقف عليهم ، وأطال الكلام ، في وصف كل قبيلٍ ، ثم كان يستفتح في كل صنف كلاماً مستقلاً بنفسه ، فلست أرى الاستثناء والوصفَ الواقعين آخراً منصرفَيْن إلى الجمل المتقدمةِ السابقةِ المذكورةِ علىٰ صيغ الاستقلال .

وبيان ذلك بالمثال : أنه إذا قال : وقفت علىٰ أولادي ، فمن مات منهم رجع نصيبه إلىٰ أولاده ، للذكر مثلُ حظ الأنثيين ، ومن لم يعقب رجعت حصتُه إلى الذي في درجته . ثم قال : فإذا انقرضوا ، فالريع مصروفٌ إلىٰ إخوتي : فلانٌ ، وفلان ، وفلان ثم قال : إلا أن يفسق منهم أحد ، فهـٰذا يختص بالإخوة عندي .

٥٧٢٩ـ وإن أطلق الأصحابُ صرفَ الاستثناء إلى المتقدمين ، فكلامُهم[1] محمول علىٰ ذكر البطون على التواصل بعاطفٍ جامع ، أو عاطف مرتِّب ، من غير تخلل كلامٍ يفصل جملةً عن جملةٍ ، ويوجب بين البطون اختلافاً وتفاوتاً ، مثل أن يقول : وقفت علىٰ أولادي ، ثم بعدهم علىٰ إخوتي ، ثم علىٰ أعمامي إلا أن يفسق منهم أحد ، فظاهر مذهب **الشافعي** رجوعُ ذلك إلى الكافة ، وما ذكره في عطف الجمل ، بعضِها علىٰ بعض بالواو أظهر ، فإذا كان العطفُ يقتضي ترتيباً ، فالصرف إلىٰ جميع المقدَّمين فيه بعضُ النظر والغموض ؛ فإن انصراف الاستثناء إلى الذين يليهم الاستثناء مقطوعٌ به ، وانعطافه علىٰ جميع السابقين والعطف بالحرف المرتِّب محتملٌ غيرُ مقطوع به ، وإذا ثبت الاستحقاق بلفظ الواقف نصاً ، ولم يثبت ما يغيره ، وجب تقرير الاستحقاق ، ولم يجز تغييره بمحتملٍ متردِّدٍ .

٥٧٣٠ـ فانتظم مما ذكرناه **ثلاث مسائل** : **إحداها ـ** أن يطول الفصل ، ويتخلل بين الصنف والصنف فواصل ، كما صورناه ، فالاستثناء لا ينصرف إلى الجمل السابقة .

وإن كان/ العطف بثُمَّ ، فالذي أراه اختصاص الاستثناء بالمتأخرين . ٢١٠ ش

وإن كان العطف بالواو ، ولا فاصل ، فمذهبُ **الشافعي** رجوعُ الاستثناء إلى الجميع ، وكذلك القول في الصفة .

---

(١) في الأصل : وكلامهم .

والأصحابُ وإن لم يفصِّلوا الكلام، فما أطلقوه محمولٌ علىٰ هـٰذا التفصيل لا محالة .

فَرْعٌ : **٥٧٣١ـ** إذا قال : وقفتُ علىٰ أولادي ، فهل يدخل أولاد الأولاد في الاستحقاق ؟ فعلىٰ وجهين : **أصحهما** ـ أنهم لا يدخلون .

ومن أصحابنا من قال : يدخلون في الاستحقاق ، واسم الأولاد يتناول الأدنَيْن والأحفاد ، فإن فرعنا علىٰ أنهم يندرجون تحت اسم الأولاد ، فالأصح أن أولاد البنات لا يدخلون .

هـٰذا ما اختاره **صاحب التقريب** ، وتعليله : أن أولاد البنات ينسبون إلىٰ آبائهم ، وهم أزواج البنات ؛ فإن الانتساب إلى الآباء دون الأمهات ، وعلىٰ هـٰذا المعنىٰ قال القائل :

بنــونــا بنــو أبنــائنــا وبنــاتُنــا بنــوهــن أبنـاء الـرجـال الأبـاعـد[1]

وذهب ذاهبون إلىٰ أن أولاد البنات على الوجه الذي نفرع عليه يدخلون دخول أولاد البنين ، ثم الوجهان في الأصل فيه إذا لم يجر ما يتضمن إخراج الأحفاد . فلو قال : وقفت علىٰ أولادي ، فإذا انقرضوا ، فلأحفادي ثلث ما سميتُ لهم ، والباقي لأخواتي ،فهـٰذا ، وما في معناه ، يخرج الأحفاد عن الاندراج تحت مطلق اسم الأولاد .

فَرْعٌ : **٥٧٣٢ـ** إذا قال : وقفت علىٰ زيد وعمرو ، ولم يذكر بعد انقراضهما مصرِفاً ، وفرعنا علىٰ أن الوقف المنقطع الآخر صحيح ، فلو مات أحد الرجلين ، ففي نصيبه وجهان : **أحدهما** ـ أنه مصروف إلى الباقي منهما ، والصرف إليه مع تعرض الواقف له أولىٰ من تقدير مصرِف لم يذكره الواقف .

ومن أصحابنا من قال : نصيب من مات منهما بمثابة نصيبهما لو ماتا ، وقد تفصل المذهب في مصرف الوقف بعد انقراض المسمَّيْن .

---

(١) هـٰذا البيت من شواهد ابن عقيل . وقد قال عنه العلامة الشيخ محمد محي الدين عبد الحميد ، نسبه جماعة إلى الفرزدق ، وقال قوم : لا يعلم قائله . مع شهرته في كتب النحاة ، وأهل المعاني والفرضيين . (شرح ابن عقيل : ١/ ٢٣٣) .

فصل
في التولية

٥٧٣٣ـ وهو من قواعد الكتاب ، وفيه أمر يكاد أن يخرج عن القياس بعضَ الخروج .

والذي نراه أن نذكر التفصيلَ في الوقف على الجهات ، ثم نذكر الوقف علىٰ معيّنين .

فأما إذا وقف علىٰ جهةٍ ، كالوقف على المساكين ، فإن شرط التولية لنفسه ، وصرّح به ، فهو القائم بالصدقة لا يزاحَم ، سواء قلنا : الملك له في رقبة الوقف ، أو قلنا : إنه زائلٌ إلى الله تعالىٰ ، ولا يجري في الأوقاف على الجهات إلا قولان ؛ فإن إضافة الملك في الرقبة إلى المساكين لا يتجه . هـٰكذا قال الأئمة .

وعندي أنه لا يمتنع تقدير إضافة الملك إليهم/ ، كما أنا نضيف الملك في رَيْع الوقف إليهم ، والملك في الريع محقق ، فإذا لم يمتنع إضافة الملك المحقق ، لم يمتنع إضافة الملك المقدّر . ٢١١ ي

وغرض الفصل الآن أن حق التولّي يثبت للواقف إذا شرط لنفسه ، فإن قيل : هلاّ كان حق التولي تابعاً لملك الرقبة ؛ حتىٰ يقال : إن أضفنا الملك إلى الواقف ، فحق التولّي له ، وإن أضفناه إلى الله تعالىٰ ، فحق التولي للسلطان ؟ قلنا : حق التولّي من جملة الحقوق المستفادة من الوقف ، والمتَّبع في [حقوق][(١)] الوقف شرط الواقف .

ثم إذا شرط الواقف لنفسه حقَّ التولّي ، فليس هو بمثابة ما لو أثبت لنفسه في الوقف حظّاً ونصيباً ، وكل ذلك متفق عليه .

والذي تمهد مذهب العلماء فيه قديماً وحديثاً أن الواقف هو المتقرِّب إلى الله تعالىٰ بصدقته ، فكان أولىٰ بالقيام عليها من غيره ، فإذا انضم إلىٰ ما ذكرناه تصريح الواقف بشرط التولي لنفسه ، لم يبق ريبٌ في اختصاصه بالتولّي .

---

(١) في الأصل : حكم .

٥٧٣٤ـ ولو شرط الواقف حق التولِّي لرجلٍ عينه ، فهو المتولِّي ، إذا كان مستجمعاً للشرائط المرعية ، وسبيل ذكره الأجنبي كسبيل إثباته في الوقف حظاً لمن يريد أن يُثبت له حظاً ، فشرط التولِّي للغير كشرط قسط من الريع .

وشرطُ الواقف التولِّي لنفسه يؤخذ بما تمهد من كون الواقف أولىٰ بتربية صدقته التي تقرب بها ؛ فإنا لو حملنا التولِّي في حقه علىٰ إثباته حظّاً لنفسه ، وقعنا في وقف الرجل الشيء علىٰ نفسه ، أو صرفه قسطاً من الريع إلىٰ نفسه .

وسيأتي هـٰذا متصلاً بهـٰذا الفصل .

ويجوز أن يقال : نَصْبُه أجنبياً صادر مما ثبت له من حق القيام ، ثم له أن يستنيب غيرَه مناب نفسه . هـٰذا إذا وقع التعرض لذكر من يتولى الوقف .

٥٧٣٥ـ فأما إذا كان الوقف علىٰ جهة القربة مطلقاً ، من غير تعرضٍ لمن يتولى الوقفَ ، فلأصحابنا **طريقان** : منهم من قال : أمر التولِّي يُبنىٰ على الملك ، فإن حكمنا بأن الملك في الرقبة للواقف ، فله حق التولِّي ، وإن قلنا : الملك في الرقبة زائل إلى الله تعالىٰ ، فحق التولّي للسلطان . وهـٰذا ظاهر المذهب .

ومن أصحابنا من قال : حق التولِّي للواقف ، وإن قلنا : الملك لله تعالىٰ ، فإن الوقف تقرب ، والقيام عليه تتمة للقربة ، فكان مفوَّضاً إلى المتقرِّب .

والأصح الطريقة الأولىٰ .

٥٧٣٦ـ ثم شرط القائم في الوقف الذي هو قربة أن يكون مستصلحاً للقيام ، ولذلك **شرطان** : **أحدهما** ـ الأمانة . **والآخر** ـ الكفاية . ولو انخرم أحدهما ، تسلط السلطان عليه ، حتىٰ لو كان الواقف شرطَ لنفسه التولِّي ، ثم اختل فيه الوصفان ، أو أحدهما ، لم يتركه السلطان ، علىٰ ما سنصف/ في آخر الفصل في القول في العزل والانعزال . ش ٢١١

هـٰذا في الوقف على الجهات ، والوقف عليها لا يكون إلا قربةً .

فلو وقف على الأغنياء شيئاً ، فقد اضطرب أصحابنا فيه : فمنهم من أبطل الوقف ، ومنهم من صححه .

والغرض في هـٰذا يتبين بذكر **ثلاث مراتب** : **إحداها** ـ الوقف علىٰ جهات القربة ، فهو منفّذ .

والأخرىٰ ـ الوقف على الجهات التي يزجر الدين عنها ، ولا يقرر عليها ، إلا علىٰ موادعة ومتاركة ، فالوقف علىٰ هـٰذه الجهات باطل ، وذلك كالوقف على الكنائس والبيع وكتبة [التوراة][١] .

والمرتبة الثالثة ـ في الوقف علىٰ جهةٍ لا نهي فيها ، ولا يتضح فيها وجهُ القُربة ، كالوقف على الأغنياء من غير تعيين أشخاص .

وكل ما ذكرناه في أحكام التولية في الوقف على الجهات ، فأما إذا كان الوقف علىٰ معيّنين ، فهـٰذا ليس مبنياً على القربة ، حتىٰ يقال : المتقرِّب أولىٰ بتتمة القربة .

٥٧٣٧ـ فإذا وقع التنبّه لهـٰذا ، قلنا :

الواقف لا يخلو إما أن يتعرض لذكر من يتولّىٰ [الوقفَ ، وإما أن يُطلق الوقفَ ، فأما إذا أطلق ، ولم يتعرض لمن يتولّىٰ][٢] ، فإن قلنا : الملك للموقوف عليه ، فهو المتولِّي بلا مدافعة ؛ إذ الريْع له ، والملك في الرقبة مضاف إليه .

وإن قلنا : الملك مضاف إلى الله تعالىٰ ، فظاهر المذهب أن السلطان لا يتولّى الوقفَ ؛ فإنه إنما يخوض فيما يتعلق بالجهات العامة ، والملك الذي يضاف إليه في هـٰذا النوع من الوقف تقدير .

ومن أصحابنا من قال : حق التولِّي يتبع الملك ، فإذا أضفناه إلى الله تعالىٰ ، فحق التولِّي إلى القائم بحقوق الله تعالىٰ .

وإن فرّعنا علىٰ أن السلطان لا يتولىٰ ، فحق التولِّي للموقوف عليه نظراً إلى استحقاق الريع والمنفعة .

وإن قلنا : الملك للواقف في الرقبة ، فالأصح أن حق القيام ثابت له ؛ فإنه ملك خاص ، فيجوز أن يكون القيام بذلك الملك إليه .

---

(١) في الأصل : « الزبور » . واخترنا هـٰذه ، لأنها اللفظة التي تكررت مراراً مع الكنائس والبيع .

(٢) ما بين المعقفين سقط من الأصل.

وإن قال قائل : حق القيام لمن له حق المنفعة والريع ، قيل له : القيام يمكن أن يضاف إلى الملك ، ويمكن أن يضاف إلى المنفعة ، وإضافته إلى الملك أولىٰ من إضافته إلى المنفعة .

فهٰذا حاصل القول في إطلاق الوقف .

٥٧٣٨ـ وتتمة البيان فيه أنا قد نقول : إذا أُتلف الموقوفُ ، يستحق الواقف قيمته ملكاً . وإذا قلنا : الملك لله تعالىٰ ، فالقيمة في وجهٍ من الوجوه لا تصرف إلىٰ مال الله تعالىٰ ، فاتضح بما ذكرناه أن إضافة الملك تقدير في الوقف على الأعيان ، وهو تحقيق في حق الواقف ، وكما لا يظهر إضافة الملك في رقبة الوقف إلى المساكين ، فكذلك لا يظهر إضافة الملك في الوقف على الأعيان إلى الله تعالىٰ ، وليس الوقف قربة .

٥٧٣٩ـ فأما إذا وقف الواقف ، وشرط التولِّي لنفسه ، أو لأجنبي أو لبعض من عليه/ الوِقف ، فقد قال الأئمة يُتّبع شرطُه ، فإن شرط لنفسه التولِّي ، فهو له . وإن شرطه للموقوف عليه ، فلا شك في ثبوته ، وإن شرط لأجنبي ، فظاهر المذهب أنه ينتصب ذلك الأجنبي بنصب الواقف . وهٰذا الآن في حق الأجنبي يُحمل علىٰ إثبات حقٍّ له ، وسلطنةٍ في الوقف بشرطٍ من إنشاء [الواقف][(١)] .

ي ٢١٢

فإن قال قائل : إذا فرعنا علىٰ أن الملك للموقوف عليه ، والحق في الريع له ، فما وجه حق ثبوت التولِّي لغيره ؟ قلنا : من أنكر تخصيصات الواقف وتحكماته في شرائطه ، فليس علىٰ خبرةٍ من الكتاب ؛ فإن العلماء متفقون علىٰ أنه لو شرط ألا تُكرى الضيعة الموقوفة ، بل تُستغل ، فلا يجوز أن تكرىٰ ، ولو شرط ألا تكرىٰ أكثر من سنة ، وجب اتباع شرطه ، ومبنى الوقف على اتباع تحكمات الواقف ، إذا لم يخالف موجَب الشرع ، وليس كهبة الواهب ؛ فإنه لا يبقىٰ له تحكم إذا أقبض ، ولو تحكم بطلت الهبة بتحكّمه ، فللواقف على الأعيان تعيينُ جهات الانتفاع .

والأصل الشاهد فيه أنه وإن ملك الموقوفُ عليه الرقبةَ ـ علىٰ قولٍ ـ والمنفعةَ ،

---

(١) في النسخ الثلاث : الوقف . والمثبت تقدير منا .

فالرقبة محبَّسة عليه ، [وأصل][(١)] تحبيسها [اتِّباع][(٢)] شرط الواقف . ومن أحاط بوضع الوقف ، هان عليه هٰذا .

٥٧٤٠ـ فإن قيل : إذا كان الوقف على الأعيان ، فهل يجوز أن يكون المتولِّي فيه فاسقاً ، أم ترعَوْن فيه الأمانة والكفاية ، علىٰ ما ذكرتموه في القسم الأول ؟ قلنا : هٰذا مما تردد الأصحاب فيه . والمذهب أنه يشترط الأمانة والكفاية ، فإنا نشترط هاتين الصفقتين في الوصي والقيّم ، والمتولِّي في معناهما ، وإنما تخيّل من لم يشترط ذلك من جهة أنه حَسِب التولِّي حقّاً للمتولِّي ، وهٰذا كلامٌ عريٌّ عن التحصيل ، فلا اعتداد به .

ثم من جوز نصب المتولِّي مع العُرُوّ عن الصفتين يقول : لأرباب الوقف أن يُقيموا أَوَدَه ، ويحملوه على المراشد ، فإن أبىٰ ، استعدَوْا عليه .

ولا خلاف أنه إذا كان فيهم طفل ، فالمتولي يجب أن يكون أميناً كافياً .

٥٧٤١ـ ثم لو فسق المتولِّي وقد شرطنا عدالته ، فتفصيل القول في فسقه الطارىء كتفصيل القول في فسق الوصي، وسيأتي مفصَّلاً في كتاب الوصايا، إن شاء الله تعالىٰ.

٥٧٤٢ـ ثم إذا نصب الواقف متولِّياً ، فإليه القيام بالعمارة ، وتحصيل الريع من وجهه وإيصاله إلىٰ مستحقيه ، وإليه عقد الإجارة علىٰ حكم النظر .

ولا يمتنع أن ينصب الواقف متولِّياً في بعض المصالح المتعلِّقة بالوقف ، ويفوِّض الباقي إلىٰ أرباب الوقف ، فالتولية تصحّ على الخصوص ، وعلى العموم ، كما يصح الإيصاء على/ الوجهين . ٢١٢ ش

٥٧٤٣ـ ولو نصب متولِّياً ، وشرط له من الريع شيئاً ، جاز . وإن لم يشرط له شيئاً ، فهل يستحق المتولِّي من الريع قدرَ أجرة مثله ؟ فعلىٰ خلافٍ بين الأصحاب ، وهو خارج على المسائل التي ذكرناها في كتاب الإجارة ، إذا استعمل الرجل إنساناً ، ولم يذكر لعمله أجرة .

---

(١) في الأصل : « فأصل » وفي (د١) ، (ت٣) : والأصل . والمثبت تصرف من المحقق .

(٢) في النسخ الثلاث : لاتباع .

٥٧٤٤ـ فإذا كان الوقف متعلِّقاً بالمتولِّي ، فاليد نُتبعُها شرطَ الواقف ، فلا يمتنع أن يشترط كون الوقف في يده ، أو في يد ثالث . وإن أطلق الوقفَ ، فاليد في الوقف تتبع التصرّفَ ، فإن أثبتنا حقَّ التصرف للموقوف عليه ، وجب تسليم الوقف إليه ، وإن أثبتنا حقَّ التصرف للواقف ، فيقرر الوقف في يده ، والقول الجامع أن اليد تتبع التصرفَ ، وقد مضى التفصيل في ذلك ، وتولِّيه عند الإطلاق والشرط .

٥٧٤٥ـ ومذهبنا أن لزوم الوقف لا يتوقف علىٰ إقباضه للموقوف عليه وتسليمه إليه ، وليس كالهبات والصدقات ، وخالف في هـٰذا **أبو يوسف ومحمد**(١) ، واضطربت مذاهبهم . هـٰذا منتهى القول في التولية ، وما يتعلق بها .

فصل

٥٧٤٦ـ قد ذكرنا في أثناء الكلام مصارفَ الوقف ، إذ جرىٰ ذكرها معترضاً ، ونحن نجمعها على الإيجاز في هـٰذا الفصل ، فنقول :

الوقف ينقسم إلىٰ وقف تمليك ، وإلىٰ وقف قربة .

فأما وقف التمليك ، فالضابط فيه أن كل من تصح الوصية له يصح الوقف عليه .

وذهب معظم الأئمة إلىٰ أن الوقف على المساكين يلتحق بالقربات ، ويُرعىٰ في هـٰذا المسلك طريق القُربة ، وآية ذلك أنه لا يجب استيعاب المساكين ، بل يسوغ الاقتصار علىٰ ثلاثة منهم ؛ فعلىٰ هـٰذا لا يلتحق الوقف على المساكين بقسم وقف التمليك ، ويترتب علىٰ هـٰذا امتناع الوقف على اليهود والنصارىٰ .

وحكىٰ **شيخي** عن **القفال** أنه كان يُلحق هـٰذا القسمَ بوقف التمليك ، ويجوّز الوقف على الكفار ، وعلى الفسقة ، ومعاقري الخمور ، والمُجّان ، كما يصح الوقف علىٰ معينين من هـٰؤلاء . وهـٰذا قياس حسن ، وربما كان لا يذكر **شيخي** في بعض الدروس غيرَه . والوصية تصح لهـٰؤلاء ، كما تصح لمعينين منهم ، وإنما ينفصل المذهب في الوصية لأهل الحرب بالسلاح ، كما سيأتي في كتاب الوصايا، إن شاء الله تعالىٰ .

---

(١) ر . مختصر الطحاوي : ١٣٧ ، البدائع : ٦/ ٢١٩ .

٥٧٤٧ـ فعلىٰ هـٰذا الوقفُ الذي يستدعي القربة ، هو الوقف على الجهات التي لا تستدعي تمليكاً ، كالوقف على البِيع ، وكتبة التوراة ، فهو باطل ، والصحيح الوقف على المساجد والرباطات .

فحصل من مجموع ما ذكرناه ترددٌ في أن الأجناس الذين لا ينحصرون هل يُرعىٰ في الوقف المضاف إليهم وجهُ القربة أم لا ؟ فإن راعينا وجه القربة ، ففي الوقف على الأغنياء تفصيلٌ ، قدمته/ فيما مضىٰ . ٢١٣ ي

واختلف القول في الوقف علىٰ أقوام يعسر حصرهم ، ولو قدرنا صحة الوقف ، لوجب استيعابهم ، وهـٰذا كالوقف علىٰ بني هاشم ، والعلوية ، والطالبية ، وسنذكر هـٰذين القولين في كتاب الوصايا، إن شاء الله تعالىٰ . وغرضنا الآن منها أنا إن صححنا الوقف ، لم نعلِّقه بالقربة ؛ فإنه يتضمن تمليكاً واستيعاباً .

٥٧٤٨ـ ومما يتصل بهـٰذا الفصل وقف الإنسان علىٰ نفسه ، وقد ظهر اختلاف الأصحاب فيه ، فذهب **القياسون** إلىٰ منعه ؛ فإن الغرض من الوقف إخراج الواقف ملكَه إلىٰ غيره ، ولا حاصل لوقف خالص ملكه علىٰ نفسه ؛ فإن مقصود الوقف نوعٌ من الاختصاص ، والملك الخالص زائد علىٰ كل اختصاص .

ومن أصحابنا من جوّز وقفَ الإنسان علىٰ نفسه ، وحمل ذلك علىٰ طلبه تحبيسَ الملك ، حتىٰ تنحسم عنه التصرفات المزيلة للملك .

ثم بنى الأصحاب علىٰ هـٰذا أن الرجل إذا وقف علىٰ نفسه شيئاً من ملكه ، ثم ذكر أنه [بعد موته][1] وقفٌ علىٰ فلان وفلان ، ثم بعدهم على المساكين ، فإن صححنا وقفه علىٰ نفسه ، انتظم الأمر واتسق الوقف ، وإن حكمنا بأن وقف الإنسان علىٰ نفسه باطلٌ ، فهـٰذا وقفٌ منقطع الأول ، وقد مضىٰ تفريع انقطاع الوقف من الأول .

٥٧٤٩ـ ومما فرعوه أنا إذا أبطلنا وقف الإنسان علىٰ نفسه ، فلو وقف شيئاً على الفقراء والمساكين ، ثم افتقر هو في نفسه ، فهل يحل له أن يأخذ من رَيْع الوقف ما يسد حاجته ، لاندراجه تحت اسم المساكين ؟ فيه اختلاف بين الأصحاب علىٰ قولنا

(١) ساقط من الأصل .

يمتنع منه أن يقف علىٰ نفسه قصداً ، وسبب الخلاف ما أشرنا إليه من أنه لم يقصد نفسَه ، وإنما تناوله عموم اسمٍ ، وسنذكر نظير هـٰذا في الوصايا ، إن شاء الله .

٥٧٥٠ـ ومما يتصل بهـٰذا الفصل ، وبما تقدم في التولية أن الواقف لو شرط أن يتولىٰ بنفسه الوقف ، ثم أثبت لنفسه أجرة من الرَّيْع ، فهـٰذا ينبني علىٰ أن وقفه علىٰ نفسه هل يصح ؟ فإن حكمنا بصحته ، لم يمتنع هـٰذا الذي ذكرناه ، فإن لم نصحح وقفه علىٰ نفسه ، ففي الأجرة التي يشترطها لنفسه من ريع الوقف وجهان مبنيان علىٰ أصلٍ سيأتي في قَسْم الصدقات ، وهو أنا إذا حرّمنا الصدقات المفروضات علىٰ بني هاشم وبني المطلب ، فلو انتصب واحد منهم عاملاً ، فهل يحل له أن يأخذ من سهم العاملين ؟ فيه [خلافٌ][1] سنذكره ، إن شاء الله عز وجل . وهـٰذا إذا كان المأخوذ قدر أجر المثل ، فإن زاد ، لم يخرّج جواز أخذه إلا علىٰ قولنا بتصحيح وقف الإنسان علىٰ نفسه .

ش ٢١٣ هـٰذا منتهىٰ قولنا في مصارف الصدقات/ ، وسنلحق بهـٰذا الفصل وبما قدمناه فروعاً في آخر الكتاب نتدارك بها ما لم تحتوِ الفصول عليه ، إن شاء الله عز وجل .

فَصْلٌ

معقود في جناية العبد الموقوف ، والجناية عليه

٥٧٥١ـ فنبدأ بالجناية عليه ، فنقول : هي تنقسم إلى الإتلاف ، والجنايةِ على الأطراف ، مع البقاء . فأما الإتلاف ، فلا يخلو إما أن يصدر من أجنبي ، وإما أن يصدر من الواقف ، أو من الموقوف عليه .

٥٧٥٢ـ فإن أتلف الأجنبيُّ العبدَ الموقوفَ ، ضمِنَ القيمةَ ، لا محالة ، والكلامُ في مصرفها علىٰ أقوالِ الملك .

فإن حكمنا بأن الملك في الرقبة مزالٌ إلى الله تعالىٰ ، فالقيمة على المذهب المبتوت الذي عليه التعويل تصرف إلىٰ عبدٍ آخر يُشتَرىٰ ويُحبَّس ، فإن وجدنا عبداً

---

(١) في الأصل : اختلافهم .

خالصاً، فذاك، وإن لم نجده، صرفنا القيمة إلىٰ شقصٍ من عبد ، ومصرفه مصرف العبد.

وليس هـٰذا كالأضحية ؛ فإنها إذا أتلفت ، ولم نجد بقيمتها إلا بعضَ شاة ، لم نصرفها إلىٰ بعض الشاة ، وذلك لأن التضحية ببعض الشاة غيرُ مجزئة ، ووقفُ بعض العبد جائز .

٥٧٥٣ـ وإن حكمنا بأن الملك في رقبة [العبد][1] للواقف ، فقد اختلف أصحابنا : فمنهم من قال : يجب عليه أن يشتري بتلك القيمة عبداً ، أو بعض عبد ، كما ذكرنا في حق الله تعالىٰ .

ومنهم من قال : القيمة تنقلب ملكاً للواقف ، ونحكم بأن الوقف انتهىٰ بفوات العبد ، وهو الذي كان مورد الوقف .

وهـٰذا غير سديد ؛ فإن من أتلف عبداً مرهوناً ، والتزم قيمته ، لزم جعل قيمته رهناً ، مكان العبد ، ولم نقل : انتهى الرهن نهايته ، فليكن الأمر كذلك هاهنا ؛ فإنّ تَعَلُّق الوقف لا ينقص عن تعلق حق المرتهن .

٥٧٥٤ـ وإن فرعنا علىٰ أن الملك للموقوف عليه ، ففي صرف القيمة إليه **وجهان** ، كما ذكرناه الآن علىٰ قولنا الملك للواقف : **أحد الوجهين** ـ أن القيمة تصرف إلى الموقوف عليه ملكاً ، وقد انتهى التحبيس .

ومنهم من قال : يجب صرفها إلىٰ عبدٍ .

وإذا سلكنا هـٰذا المسلك في هـٰذا القول ، وفي قول الواقف[2] ، وقد مضىٰ مثله في قولنا : إن الملك لله تعالىٰ ، فلا تختلف الأقوال إذاً بالتفريع ، ولا يظهر لها أثر ، ويطلق القول بصرف القيمة إلىٰ عبد ، أو بعضٍ من عبد على الأقوال كلِّها .

٥٧٥٥ـ وإنما يظهر [أثر][3] الأقوال إذا فرعنا[4] علىٰ أن الواقف يملك القيمة ، أو ملكنا الموقوف عليه .

---

(١) في الأصل : الوقف .

(٢) أي قول : الملك للواقف .

(٣) سقطت من الأصل .

(٤) (د١) ، (ت٣) : إذا ملكنا الواقف القيمة ، أو ملكنا الموقوف عليه .

ي ٢١٤ فإن قيل : إن حكمنا علىٰ قول الواقف بارتداد القيمة إليه/ ملكاً ، فوجهه انقطاع الوقف ، وانقلابُ الموقوف قُبَيْل التلف ملكاً خالصاً ، وهـٰذا مفهوم على الجملة ، صحَّ أو فسد .

فأما إذا قلنا : الملك للموقوف عليه ، فما وجه تمليكه القيمة ، والواقف ما ملكه مِلْكَ إطلاق ، فكيف يملك القيمة مطلقاً ؟

وإذا قلنا : يملك القيمة علىٰ قول الواقف ، فقد أزلنا الوقف ، وإذا أزلناه في حق الموقوف ، فلا يبقىٰ له عُلقةُ استحقاق ؟ قلنا : هـٰذا سؤال مُخيلٌ ، ولـٰكنه يجاب عنه بأنا إذا ملَّكنا الموقوفَ عليه رقبةَ الوقف ، فكأن الواقف تصدق عليه ، وملّكه الرقبة مِلكَ الصدقات ، غير أنه حبّس عليه الملك ، فإذا انحل الحبس الذي هو نعت ملك الموقوف عليه ، بقي الملك المطلق .

هـٰذا إذا كان الجاني أجنبياً .

٥٧٥٦ـ فأما إذا قتل الواقفُ العبدَ الموقوفَ ، فإن حكمنا بأن القيمة التي يلتزمها الأجنبي بقتل العبد تُصرف إلى الواقف ملكاً ، فإذا كان القاتل هو الواقف ، لم يلتزم شيئاً ؛ فإنه لو التزم القيمة ، لالتزمها لنفسه . وهـٰذا محال .

وإن قلنا : القيمة التي يلتزمها الأجنبي مصروفةٌ إلىٰ عبدٍ ، أو إلىٰ شقص من عبد ، فعلى الواقف القيمة لتصرف إلى الجهة التي ذكرناها .

وإن قلنا : القيمة التي يلتزمها الأجنبي تُصرف إلى الموقوف عليه ملكاً ، فعلى الواقف القيمة للموقوف عليه إذا كان هو القاتل .

٥٧٥٧ـ ولو قتل الموقوفُ عليه العبدَ الموقوف ، اتجهت هـٰذه الوجوه في حقه ، فإما ألا [نوجب][(١)] عليه شيئاً ؛ تفريعاً علىٰ أن القيمة التي يلتزمها الأجنبي مصروفة إلى الموقوف عليه ملكاً ، وإما أن نقول : على الموقوف عليه القيمةُ لتصرف إلىٰ شراء عبد ، وإما أن نقول : على الموقوف عليه القيمةُ للواقف ؛ تفريعاً علىٰ أن ما يلتزمه الأجنبي مصروفٌ إلى الواقف ملكاً .

---

(١) في الأصل : يتوجه .

هـٰذا بيان التفريع فيه إذا كانت الجناية على العبد الموقوف قتلاً .

٥٧٥٨ـ فأما إذا كانت الجناية عليه دون القتل ، فإن كانت من جهة الأجنبي ، فقد زاد بعضُ أصحابنا وجهاً فيما حكاه **صاحب التقريب** : أن أروش الأطراف والجنايات الواقعة دون النفس مصروفةٌ إلى الموقوف عليه على الأقوال كلِّها ؛ تنزيلاً لها منزلة المهر الذي يجب بوطء الموقوفة ، وسنذكر علىٰ أثر ذلك أن المهر مصروف إلى الموقوف عليه .

وهـٰذا القائل يحتج بأن أروش الجنايات الواقعة دون النفس فوائدُ تتعلق بإفاتةٍ[١] وتفويتٍ ، فضاهت المهرَ .

والمذهب الظاهر أن أروش الجنايات تنزل منزلة قيمة الجملة ، وقد سبق التفصيل في القيمة إذا وجبت ، أو قُدِّر وجوبها/ بالقتل، علىٰ حسب تصويرنا القاتل أجنبياً ، أو الواقف ، أو الموقوف عليه . ٢١٤ ش

هـٰذا إذا كانت الجناية على العبد الموقوف عليه .

٥٧٥٩ـ فأما إذا صدرت الجناية من العبد الموقوف ، فإن كانت موجبةً للقصاص ، اقتُصَّ منه ، فالقصاص لا يمنعه مانع .

٥٧٦٠ـ وإن كانت الجناية تتعلق بالمال ، فلا مطمع في بيع العبد الموقوف أصلاً في الجناية ؛ فإن الوقف لا يقبل النقض ، ولو بعناه ، لتضمن بيعُه نقضاً للوقف . وإذا امتنع البيع ، تعيّن التعلق بالفداء .

والقول فيمن يفديه يتفرع على الأقوال في ملك الرقبة ، فإن قلنا : مالك الرقبة الواقف ، فعليه أن يفديه ؛ فإنه بوقفه تسبَّب إلىٰ منعه من البيع ، فكان ذلك موجباً للفداء عليه ، وينزل وقفُه إياه منزلةَ استيلاد السيد الجاريةَ ، وإذا جنت المستولدة ، فعلى المستولد الفداء .

---

(١) كذا في جميع النسخ ، والمعنىٰ واضح : أي تتعلق بتفويت منافع الموقوف . وعبارة الرافعي التي نقلها عن صاحب التقريب : « أن أروش الأطراف والجنايات تصرف إلى الموقوف عليه ، علىٰ كل قول ، وتنزل منزلة المهر والأكساب » . ر . فتح العزيز : ٦/٢٩٦ .

٥٧٦١ـ وإن حكمنا بأن الملك للموقوف عليه ، فقد اختلف أصحابنا في وجوب الفداء ، فذهب بعضهم إلىٰ أنه يجب على الموقوف عليه الفداء ؛ نظراً إلى الملك في الرقبة وتفريعاً علىٰ ذلك .

ومن أصحابنا من قال : يجب الفداء على الواقف ؛ فإنه المتسبّب إلى المنع من البيع ، كما قررناه ، والتعويل في وجوب الفداء على المنع من البيع .

ومن أصحابنا من قال : وجوب الفداء يبنىٰ على القبول ، فإن حكمنا بأن الوقف لا يتم إلا بقبول الموقوف عليه ، فعليه الفداء ، فإنه المتسبب إلىٰ تحقيق الوقف ، وانضمّ إليه ما ذكرناه من الملك في الرقبة . وإن قلنا : يثبت الوقف دون قبول الموقوف عليه ، فالفداء على الواقف .

٥٧٦٢ـ ونحن نقول في القبول وقد انتهى الكلام إليه : إن كان الوقف علىٰ جهة من الجهات ، أو علىٰ جنسٍ لا يضبطون ، فلا يتوقف ثبوت الوقف علىٰ قبول أحدٍ ؛ فإنه لا يمكن تقدير القبول إذا لم يكن الموقوف عليه شخصاً معيَّناً .

فأما إذا كان الوقف علىٰ متعيّن ، ففي اشتراط قبوله وجهان : **أحدهما**[1] ـ أنه لا بدّ من قبوله ، أو من قبول من ينوب عنه بجهة الولاية ، إذا كان طفلاً أو مجنوناً ، هـٰذا هو الصحيح ؛ فإن تمليك الغير رقبةً ، أو منفعةً إلزاماً من غير قبول منه خارجٌ عن قياس القواعد .

ومن أصحابنا من لم يشترط القبول ، ومال إلىٰ أن الوقف ليس هبة على التحقيق ، ولهـٰذا لا يشترط فيه الإقباض الذي هو الركن في الهبات ، فينبغي ألا يشترطَ القبول ، كما لا يشترط الإقباض .

وإن حكمنا بأن القبول لا بد منه ، فيشترط اتصاله بالوقف ، علىٰ حسب اشتراطنا/ ذلك في كل قبولٍ يتعلق بإيجاب . ي ٢١٥

وإن قلنا : لا يشترط القبول ، فلا خلاف أن الوقف يرتد برد الموقوف عليه ،

(١) (د١) ، (ت٣) : أصحهما .

وهـٰذا يناظر[١] قولَنا في الوكالة ، وإذا فرّعنا علىٰ أن القبول ليس شرطاً فيها ، فلا شك أنها ترتد بالرد ، وقد فصلنا ذلك في الوكالة .

وتصوير الرد في الوكالة على الغرض الذي نريده [عسر][٢] مع أن الوكيل بعد قبول الوكالة لو رد الوكالة ، لكان رده لها فسخاً ، والوكالة جائزة علىٰ أي وجهٍ فرضت .

٥٧٦٣ـ وما ذكرناه [من][٣] القبول والرد إنما يجري في البطن الأول . فأما إذا استقر الوقف بقبول من في البطن الأول ، ثم انقرض ، وانتهىٰ إلى البطن الثاني ، فلا يشترط القبول ممن في البطن الثاني ، على المسلك الصحيح ؛ فإن اشتراط القبول منهم ، مع استئخار الاستحقاق في حقهم عن الوقف غيرُ متجه ، وشرط القبول الاتصال .

وأبعد بعض أصحابنا ، فاشترط القبول في كل بطن ، وجعل استئخاره عن الوقف بمثابة استئخار قبول الموصَىٰ له الوصية عن وقت الإيصاء .

فإن لم يُشترط القبول ، فهل يرتد الوقف بردهم ؟ فعلىٰ وجهين : **أحدهما** ـ أنه يرتد ؛ فإن إلزامهم حقاً لهم في المنفعة والرقبة بعيدٌ عن القياس . **والثاني** ـ أنه لا يرتد بردهم ؛ فإنهم دخلوا في الوقف تبعاً علىٰ وجه البناء ، فكانوا بمثابة الورثة الذين يملّكهم الشرع إرثاً ، ولو أرادوا دفْعَ الملك عن أنفسهم ، لم يجدوا إلىٰ ذلك سبيلاً .

وهـٰذا كأنه يلتفت علىٰ خلاف الأصحاب في أن البطن الثاني يتلقَّوْن الاستحقاق من البطن الأول تلقِّي الوارث من المورث ، أو يتلقَّوْنَه من الواقف ؟ وفي ذلك **وجهان** : فإن نزلناهم منزلة الورثة ، لم يبعد أن يلزم الوقفُ في حقهم . وإن حكمنا بأنهم يتلقَّوْن من الواقف ، فينبغي أن يرتد الوقف بردّهم .

وعلىٰ هـٰذا الأصل أجرى الأصحاب الخلافَ بأن من في البطن الأول إذا أجَّر الوقفَ ، ثم مات في أثناء المدة ، فالإجارة هل تنفسخ بموته ، أو تبقىٰ إلىٰ منتهى المدة ؟ وقد ذكرنا هـٰذا في كتاب الإجارة .

---

(١) عبارة (د١) ، (ت٣) : وهـٰذا بمثابة قولنا في الوكالة إذا فرعنا . . .
(٢) في الأصل : يحسن .
(٣) في الأصل : في .

٥٧٦٤ـ هـٰذا إذا فرعنا علىٰ أن القبول غيرُ معتبر [في البطن الثاني . فإن اعتبرنا قبولهم][١] ، أو قلنا : يرتد الوقف بردهم ، فهـٰذا يتضمن انقطاع الوقف في جهة الآخِر ، إذا لم يقبلوا أو ردوا .

وقد مهدنا أصل انقطاع الوقف في الآخر .

ش ٢١٥ ونحن نقول هاهنا : إذا انتقض الوقف في حق البطن الثاني بردّهم/ ، أو لم يثبت بعدم قبولهم ، ففي المسألة خلاف بين الأصحاب في أن الوقف هل يبقىٰ على الجملة ؟ منهم من قال : لا يبقىٰ ، بل ينقطع ، وهو ظاهر القياس ، ومنهم من قال : إنه يبقىٰ ؛ فإن الوقف قد ثبت بقبول من في البطن الأول ، وحق الوقف إذا ثبت ألا ينقطع .

فإن قلنا : إنه لا ينقطع ، فقد اختلف أصحابنا في مصرفه : فمنهم من رأىٰ ردَّ البطن الثاني ، أو عدم قبولهم بمثابة الانقراض منهم ، حتىٰ ينقل استحقاق الوقف إلى البطن الثالث .

ومنهم من لم يجعل ذلك بمثابة انقراضهم ، فإن جعلنا ذلك كالانقراض ، نظرنا في البطن الثالث إذا كانوا موجودين ، وفرعنا قبولهم وردهم ، وإن لم نجعل ردّ من في البطن الثاني بمثابة الانقراض ، فتعود الأقوال في أن الوقف يصرف إلىٰ أية جهة ؟ ففي قولٍ نصرفه إلى الأقربين ، وفي قولٍ إلى المساكين ، وفي قولٍ إلى المصالح العامة .

فإن صرفنا إلى المصالح ، أو إلى المساكين ، استقر الوقف في الجهة ؛ إذ لا قبول في الوقف على الجهات ، وإن صرفنا إلى الأقربين ، فيعود التفريع في قبولهم وردّهم ، فإن قبلوا ، فذاك ، وإن ردّوا ، لم يخرج إلا قولان في الصرف إلى المساكين ، أو المصلحة العامة .

وهـٰذا كله تفريع علىٰ قولنا : إنا نمهّد للوقف المنقطع مصرفاً .

فإن قلنا : لا نمهد له مصرفاً ، فلا يتبين والحالة هـٰذه بطلان الوقف في حق الأولين ، وقد قبلوا . هـٰذا لا سبيل إليه . ولـٰكن يتجه عند فرض الانقطاع انقلابُ الوقف ملكاً ، ولا يخرج علىٰ ترتيب التفريع غيرُ هـٰذا .

---

(١) عبارة الأصل : غير معتبر ، فإن اعتبرنا قبول من في البطن الثاني .

٥٧٦٥ـ ولا شك أنه يجري مع ما ذكرناه أن الوقف إذا تعذر صرفه إلى الجهات المضبوطة ، وقد ذُكر وراءها جهةٌ لا تنقطع ، فهل يصرف الوقف إليها ؟ ويظهر هاهنا الصرف إلى الجهة التي لا تنقطع ، ثم لا قبول في تلك الجهة ، ويخرج أنا لا نفعل ذلك حتىٰ تنقرض البطون المعيّنون ؛ اتباعاً لشرط الواقف . وقد كان قال : فإذا انقرضوا فللمساكين .

٥٧٦٦ـ ثم الكلام فيما يتجمع من الريع ـ وقد أبينا إلا اتباعَ الشرط ـ أن نقول : إنه مصروف إلى الواقف ، فيخرج من ذلك **أوجه** إذا جمعها الإنسان : **أحدها** ـ الرجوع إلى المالك ، وينضم إليه ثلاثة أوجه ذكرناها ، أو ثلاثة أقوال عند انعدام المصرف الذي عينه الواقف ، وينضم إلىٰ هـٰذه الوجوه النقل إلى الجهة العامة التي هي مصير الوقف ومرجعه في الآخر ، إذا/ انتهت الجهات المعلومة . ٢١٦ ي

وإذا لم يكن ذكر الواقف جهةً عامة بعد انقراض الجهات المضبوطة ، عاد الكلام إلى اضطراب الأصحاب والتفّ الخلاف في الباب .

وهـٰذا الأصل سيأتي مستقصىً في كتاب الدعاوىٰ عند فرض الحلف والنكول من البطون ، وهو فصل منعوتٌ في ذلك الكتاب ، ونحن مهدنا نهاية المقصود منه فيما يتعلق بالقبول والرد ، وانتجز بما ذكرناه تمامُ الغرض في فصل القبول ، وإن انسل عنا وجهٌ لم يذكر ، فقد نبهنا عليه .

٥٧٦٧ـ والناظر إذا أحكم الأصول ، فهو علىٰ سعةٍ في أمثال هـٰذه المضطربات ، في أن يستدرك ما يزلّ عن الذكر .

٥٧٦٨ـ وإنما اتجه هـٰذا الكلام من قولنا : إن القبول إن جعلناه شرطاً ، وفرّعنا علىٰ أن الملك للموقوف عليه ، ففداءُ العبد الموقوف ـ إذا جنىٰ ـ عليه(١) .

٥٧٦٩ـ ومن تحقيق المذهب في ذلك أنا إذا اعتبرنا القبول ، والتفريعُ علىٰ أن الملك للواقف ، فهل يلزم الموقوف عليه الفديةُ ، لمكان قبوله ، وإن لم نحكم له

---

(١) « عليه » في موضع خبر مبتدؤه : « فداء » .

بالملك في الرقبة ؟ الظاهر أنا لا نفعل ذلك ، ونحيل الفداء ولزومَه إلى الواقف ؛ نظراً إلىٰ ملكه في الرقبة ، ثم إلىٰ إنشائه الوقف الذي هو سبب القبول .

٥٧٧٠ـ ومن أراد أخذ المذهب من حفظ الصور ، اضطرب عليه[1] في أمثال هـٰذه الفصول . ومن تلقاه من معرفة الأصول، استهان بدرك أمثال هـٰذه الفصول .

وكل ما ذكرناه تفريعٌ علىٰ أن الملك للواقف أو للموقوف عليه .

٥٧٧١ـ فأما إذا قلنا : الملك زائل في الرقبة إلى الله تعالىٰ ، **فقد ذكر شيخي وصاحب التقريب ثلاثة أوجه** في الفداء: **أحدها** ـ أن الفداء على الواقف ؛ فإنه الأصل في المنع من البيع .

والثاني ـ أن الفداء يتعلّق بمال الله تعالىٰ ، وهو السهم المرصد للمصالح ، وهـٰذا فيه إشكال؛ من جهة أن المغارم إنما تتوجّه إلىٰ بيت المال من جهةٍ يتوقع توجّه فوائد منها إلىٰ بيت المال ، فإنا لمَّا ضربنا العقل علىٰ بيت المال عند عدم العاقلة الخاصة ، كان ذلك معارَضاً[2] بصرفنا تركة من يموت ، ولا وارث له على الخصوص إلىٰ بيت المال ، وقد ينقدح في بعض الصور انصرافُ الوقف إلى المصلحة العامة ، كما ذكرناه ، فيستدّ الوجه[3] عليه ، وينتظم إيجاب الفداء من بيت المال .

والوجه الثالث ـ أن الفداء يتعلق بكسب العبد ؛ فإنا لم نجد سواه متعلَّقاً ، فإذا عدمنا تعلُّقاً في جهة الرقبة ، فكأن الموقوف عليه حرٌّ ، وإذا جنى الحر ، لم يبعد مطالبته/ . ش ٢١٦

فهـٰذه مضايق يضطر الفقيه إليها .

٥٧٧٢ـ ثم القول في أن الموقوف بكم يُفدىٰ ، كالقول في المستولدة ، وذلك يأتي مستقصىً في آخر كتاب الديات إن شاء الله عز وجل .

وقد نجز منتهى الغرض تأصيلاً وتفصيلاً في جناية الموقوف ، والجناية عليه .

---

(١) (د١) ، (ت٣) : عقله .
(٢) معارضاً : أي مقابلاً : بمعنىٰ معاوضاً .
(٣) (د١) ، (ت٣) : الوقف .

فصل

في وطء الجارية الموقوفة في الجهات التي يجري الوطء فيها ، مع ما يُفضي الوطء إليه من العلوق .

٥٧٧٣ـ فنقول في مقدمة الفصل : لا خلاف أن الموقوف عليه لا يستبيح وطء الجارية الموقوفة ، وإن حكمنا بأنه يملك رقبتها ، وسنبين أنه مالك منفعة بضعها، من جهة صرفنا المهرَ الواجبَ على الواطىء بالشبهة إليه ، فهـٰذا متفق عليه بين الأصحاب .

٥٧٧٤ـ ثم اختلفوا في أن الموقوفة هل تزوج ؟ فقال بعضهم : يجوز تزويجها ، كما يجوز تزويج المستولدة ، وإن [امتنع][1] بيعُها .

وقال آخرون : لا يصح تزويجها ؛ فإنها قد تلد إذا وطئها الزوج ، ثم يُفضي ذلك إلىٰ هلاكها ، والوقف لازم ، فينبغي أن تحرم الأسباب المؤدية إلىٰ رفعه . وهـٰذا كتحريمنا وطءَ المرهونة على الراهن ، وأيضاً : فإن القول في ملكها مضطرب ، ويُشكل بسببه من يزوّجها .

فإن حكمنا بأنها لا تزوج ، فلا كلام .

٥٧٧٥ـ وإن حكمنا بأنها تزوّج ، فمن يزوّجها ؟ قال الأئمة : هـٰذا يُخرّج على الأقوال في الملك ؛ فإن حكمنا بأن الملك زائل إلى الله تعالىٰ ، فيزوّجها القاضي .

واختلف الأئمة في أنه هل يستشير في تزويجها الواقفَ والموقوفَ عليه ؟ فمنهم من قال : لا بد من استشارتهما ، ولا يصح النكاح دون رضاهما .

ومنهم من قال : ينفرد القاضي بتزويجها علىٰ حسب النظر ، ولا يستشير . وهـٰذا ضعيفٌ ، لا اتجاه له ، لما ذكرناه من إفضاء التزويج إلى العلوق والطلق ، ونقصان الوِلاد[2] .

---

(١) في الأصل : عسر بيعها .

(٢) الوِلاد : « الحَمْل . يقال : شاة (والد) أي حامل بينة الولادة ، ومنهم من يجعلها بمعنى الوضع » (المصباح) .

وإن قلنا : الملك للواقف ، فهو المزوِّج ، وهل يستشير الموقوفَ عليه ؟ فعلىٰ وجهين ، ولا خلاف أنه لا يستشير القاضي .

وإن قلنا : الملك للموقوف عليه ، فهو المزوِّج ولا يستشير أحداً ، وجهاً واحداً ؛ لأن الملك له في الرقبة والمنفعة .

فإن قيل : [إذا لم يستشر][(1)] فلم[(2)] ذكرتم وجهاً في استشارة القاضي الواقفَ والموقوفَ عليه إذا قلنا : الملكُ زائل إلى الله تعالىٰ ؟ فهلاّ اقتصرتم على استشارة الموقوف عليه ، لمكان استحقاقه المنفعة ، ولرجوع قيمة منفعة البضع إليه ؟ فما وجه استشارة الواقف ؟ قلنا : استشارته من جهة أنه منشىء الوقف ، والقاصدُ إلىٰ تخليده ، وتأبيده ، علىٰ حسب الإمكان في كل/ موقوف . ي ٢١٧

وما ذكرناه لو قيل به لم يكن بعيداً ، وهو الفرق بين الواقف والموقوف عليه في وجوب الاستشارة .

وما ذكرناه في الاستشارة له التفات من طريق اللفظ ، وعلىٰ نظر قريب في المعنىٰ إلىٰ مسألةٍ في كتاب النكاح ، وهي أن السلطان إذا كان يزوّج المجنونة البالغة عند مسيس الحاجة ، فقد **قال الشافعي** : « ويستشير ذا الرأي من أهلها » . وفي هٰذا الأصل خلاف ، وتردّدٌ ، سيأتي مشروحاً في كتاب النكاح، إن شاء الله عز وجل.

٥٧٧٦ـ ومما نذكره في مقدمة الفصل أن الموقوفة لو جاءت بولد من سفاحٍ ، أو نكاح ـ إن صححنا النكاح ـ فالحكم في ولدها ماذا ؟ **أوّلاً** ـ اختلف أئمتنا في أن من وقف بهيمةً علىٰ إنسانٍ أو جهةٍ ، فأتت بولدٍ ، فما حكم ولدها ؟

منهم من قال : ولدها من فوائدها ، فهو بمثابة الصوف ، والوبر ، واللبن ، فيقع ملكاً للموقوف عليه مطلقاً ، كالثمار المستفادة من الأشجار الموقوفة .

ومن أصحابنا من قال : الولد موقوفٌ كالأم ؛ فإنه جزء من الأم ، فينبغي أن يكون

---

(١) ما بين المعقفين سقط من الأصل .
(٢) (د١) ، (ت٣) : فقد .

بمثابته ؛ فإن الوقف جهةٌ لازمةٌ ، لا يتوقع ارتفاعها ، فولد الموقوفة في جهة الوقف كولد الضحيّة في جهة التضحية .

هـٰذا قولنا في ولد البهيمة الموقوفة .

فأما إذا أتت الجارية الموقوفة بولد من سفاحٍ ، أو نكاح ، ففيه **وجهان** مرتبان على الوجهين في ولد البهيمة ، وولد الأمة أولىٰ بأن يكون موقوفاً كالأم ، بمثابة ولد المستولدة من المستولدة . **قال الشافعي** : « ولد كل ذات رحم بمثابتها » ووجه الترتيب أن الجارية لا تقتنىٰ لتلد بخلاف البهيمة ، فكان عدُّ ولد البهيمة من الفوائد أقربَ .

٥٧٧٧ـ ومما نقدمه أن الجارية الموقوفة إذا وطئت وطئاً يتعلق به لزوم المهر ، فالمهر مصروف إلى الموقوف عليه ، باتفاق الأصحاب ، وإن حكمنا بأن الملك في الرقبة للواقف .

وهـٰذا فيه إشكالٌ من طريق النظر ، والحكمُ متفق عليه من طريق النقل . ووجه الإشكال أن منفعة البضع لا تملك وحدها دون ملك الرقبة ، بخلاف منافع البدن ، وقد ذكرنا الاتفاق علىٰ أن الموقوف عليه لا يستفيد بالوقف استباحة وطء الموقوفة ، ولـٰكن لم نجد مصرفاً أولىٰ وأقرب من مصرف المنافع ، ولا سبيل إلىٰ تعطيل المهر ، ولا إلىٰ صرفه إلىٰ جاريةٍ أو عبد ليوقف ، فكان ما ذكره الأصحاب أقربَ الوجوه .

فإذا ثبتت هـٰذه المقدمات ؛ فإنا نفرض بعد ذلك وطء الموقوفة من الأجنبي ، ثم نفرضه/ من الواقف ، والموقوف عليه . ٢١٧ ش

٥٧٧٨ـ فأما إذا وطىء الأجنبيُّ الجارية الموقوفة ، نُظر : فإن وطئها بشبهة وعري الوطء عن العلوق ، وجب عليه مهر مثلها للموقوف عليه، كما ذكرناه .

وإن علقت مع الشبهة بولدٍ ، فهو حرٌّ ، وعلى الواطىء قيمتُه . ثم القول في مصرف قيمة الولد يترتب علىٰ ما ذكرناه ، فإن جعلنا الولد الرقيق من فوائد الوقف ، فالقيمة بمثابته ، وهي مصروفة إلى الموقوف عليه .

وإن قلنا : ولدها الرقيق موقوف كالأم ، فقيمة الولد تصرف إلىٰ عبدٍ ، أو شقصٍ ، كما تقدم .

وإن وطىء الأجنبي زانياً ، نظر : فإن كانت الموقوفة مستكرهة ، وجب المهر ، وإن كانت مطاوعةً ، فعلىٰ وجهين ، تقدم ذكرهما في كتاب الغصب . وإن أتت بولد والواطىء زانٍ ، فهو رقيق ، والخلاف فيه كما تقدم . هـٰذا في وطء الأجنبيّ .

٥٧٧٩ـ فأما إذا وطىء الموقوفُ عليه الجاريةَ الموقوفة ، فلا يخلو إما أن يتصل بالوطء الإحبال ، وإما ألا تعلق ، فإن لم تعلق ، فلا حدّ للشبهة ، ولا مهر ؛ إذ لو وجب المهرُ ، لوجب له علىٰ نفسه ، وهـٰذا محال .

فأما إذا علقت بمولودٍ ،فهـٰذا يتفرع على الملك ، فإن قلنا : الملك في الرقبة للموقوف عليه ، فينفذ الاستيلادُ بناءً على الملك .

وإن قلنا : الملك في الرقبة زائل إلى الله تعالىٰ ، أو هو باقٍ للواقف ، فلا ينفذ الاستيلاد أصلاً .

فإن قيل : هلا أثبتموه لعلقة الملك ، كما قضيتم بأن جارية الابن تصير مستولدةً للأب [إذا أولدها][1] ؟ قلنا : ذاك إن قلنا به ، ليس جارياً علىٰ قياس ؛ فإن جارية الابن لا حقَّ فيها للأب ، ولو كان للأب في ملكها شبهةٌ ، لما حلّت للابن ، فإن حِلَّ الوطء لا يصادف إلا ملكاً محضاً، فإذاً ذاك خارجٌ عن القياس ، متعلقٌ بحرمة الأبوّة ، كما تعلق بها انتفاء القصاص عن الأب ، فلا نتخيل قياساً علىٰ ذلك الأصل .

٥٧٨٠ـ ثم أمر الولد يتفرع على الاستيلاد ، فإن حكمنا بأن الاستيلاد يثبت ، فالولد يعلق حرّاً .

وإن حكمنا بأن الاستيلاد لا يثبت ، نظر : فإن وطئها علىٰ ظن أنها زوجته ، أو مملوكتُه القنّة ، فالولد حر ، وإن وطئها عالماً بحالها ، قاطعاً بأنها محرمةٌ عليه ، فالمذهب أن الولد ينعقد حراً أيضاً .

ومن أصحابنا من لم يحكم بحريته .

٥٧٨١ـ وهـٰذا يضاهي اختلافاً للأئمة في أن من وطىء جاريةَ الغير ظاناً أنها زوجته

---

(١) ساقط من الأصل .

المملوكة ، ومن حكم ولد الزوجة المملوكة الرق/ ، فهل نحكم بحرية الولد ؟ فيه اختلاف : من أصحابنا من قال : إنه رقيق بناء علىٰ ظنه ، وهو فيما أظن اختيار **القفال** ، ووجهه أن الوطء اكتسب حرمةً من ظنّ[1] الواطىء ، وإن لم يكن الأمر علىٰ ما ظن في علم الله تعالىٰ ، فلا ينبغي أن تثبت حرمةٌ ، لا يقتضيها موجَب الظن ، لو تحقق وصدق ، وقد ظن الواطىء أنه يطأ زوجته المملوكة وولد الرجل من زوجته المملوكة رقيق . ٢١٨ ي

ومن أصحابنا من قال : يعلقُ الولد حراً في الصورة التي ذكرناها ؛ فإن الوطء محترم ، والرق لا يثبت في الولد المترتب على الوطء المحترم إلا بما يقتضي الرق ، والأصل في بني آدم الحرية ، وثبوت الرق يستدعي مقتضياً .

٥٧٨٢ـ فإذا ثبت ما ذكرناه فوطءُ الموقوفِ عليه إذا كان عالماً بحقيقة الحال ـ والتفريع علىٰ أن الملك ليس له ـ وطءٌ ليس بساقط الحرمة ، ولـٰكن علمه بأنه يطأ جارية الغير ، ينافي الشبهة التي تقتضي الحرية للمولود ، فتخرج حرمة الولد على الخلاف الذي ذكرناه .

فإن قضينا بكون الولد حراً ، فالأمر في مصرف القيمة ، وفي إثباتها على التفصيل الذي تقدم .

وإن حكمنا بأن الولد يكون رقيقاً ، يترتب الأمر على الخلاف السابق ، في أنه مصروف إلى الموقوف عليه ملكاً مطلقاً ؛ إلحاقاً له بالزوائد وفوائد الريع ، أم هو موقوف بمثابة الأم ؟

فإن حكمنا بأن الولد ملحق بالريْع والفوائد ، لو كان من غير الموقوف عليه ، فإذا كان من الموقوف عليه ، فهو موقع النظر ؛ فإنه لو ثبت الرق ، لعتَق عليه ؛ فإن الولد منتسب إليه ، والنسب[2] صحيح ، فالوجه أن يقال : ينعقد الولد رقيقاً ، ثم يعتِق ، ولا يتوقف نفوذ العتق فيه على الانفصال .

---

(١) (د١) ، (ت٣) : وطء الواطىء .

(٢) في (د١) : والتسبب ، وفي (ت٣) : والسبب .

٥٧٨٣- وقد اختلف أصحابنا في أن الرجل إذا سبى ابنته الكافرة ، فهل نقول : إنه يملكها ، ثم تعتِق عليه ؟ أم نقول : يمتنع جريان الرق ؛ لمكان القرابة المقتضية لمنافاة الملك ؟ فيجوز أن يقال : يمتنع جريان الرق على الولد علىٰ هـٰذا القياس ، [وليس][1] هـٰذا كابتياع الرجل ولده ؛ فإن الملك يحصل ، ويترتب العتق عليه ؛ من جهة أن الابتياع ذريعةٌ في تحصيل العتق ، وكذلك القول في الملك الذي يحصل إرثاً ؛ فإنه لولاه ، لما حصل العتق ، وفي مسألتنا لو حصل الرق يحصل في ابتدائه للأب، فينبغي أن يمتنع حصول الملك لمكان الأبوّة والبنوّة ، ولا شك أن هـٰذه المسألة لا تنفصل عن مسألة السبي، علىٰ ما سيأتي شرحها/ في موضعها، إن شاء الله عز وجل . ش ٢١٨

هـٰذا إذا قلنا ولد الموقوفة ينحىٰ به نحو فوائد الوقف .

٥٧٨٤- فأما إذا قلنا : ولد الموقوفة موقوف ، فولدها من الموقوف عليه موقوفٌ ، إذا وقع التفريع علىٰ أن الملك في رقبة الوقف ليس للموقوف عليه . ثم هـٰذا الولد لا يعتِق على الموقوف عليه ؛ إذ لا ملك له فيه . ولو فرعنا علىٰ أن الملك للموقوف عليه في رقبة الوقف ، لأثبتنا الاستيلاد .

٥٧٨٥- ومما يتعلق بمنتهى الكلام أنا أطلقنا القول بنفوذ استيلاد الموقوف عليه إذا حكمنا بأن الملك له ، وفي هـٰذا أدنىٰ نظر ، سنشير إليه في آخر الفصل، إن شاء الله تعالىٰ.

هـٰذا إذا كان الموقوف عليه هو الواطىء .

٥٧٨٦- فأما إذا وطىء الواقف ، فإنه يلتزم المهر للموقوف عليه ، كما ذكرناه .

وإن اتصل الوطءُ بالعلوق ، فثبوت الاستيلاد ، يتفرع على الأقوال في الملك : فإن حكمنا بأن الملك في الجارية الموقوفة لله تعالىٰ ، أو للموقوف عليه ، فلا ينفذ الاستيلاد .

وإن حكمنا بأن الملك للواقف ، فقد كان شيخي يقول : القول في نفوذ استيلاد

(١) في الأصل : فليس .

الواقف ، كالقول فيه إذا وطىء الراهن الجاريةَ المرهونة ، وأعلقها ، فمن قضىٰ بنفوذ الاستيلاد بناء علىٰ ملك الراهن ، قضىٰ في مسألتنا بنفوذ استيلاد الواقف ، ومن أبىٰ ثَمَّ ، أبَىٰ هاهنا ، والسبب فيه أنا وإن حكمنا للواقف بالملك ، فللموقوف عليه حقٌّ متأكد ينقضه العتق إذا طرأ ، فكان **شيخي** يقول : استيلاد الواقف أوْلىٰ بألا ينفذ ، فإن الوقف مبناه علىٰ ألا يُرَدَّ ، وحق المرتهن يقبل الفسخ ، والرفع .

٥٧٨٧ـ وهاهنا نفي بما وعدناه ؛ فنقول :

ظاهر كلام الأصحاب يدل علىٰ أن استيلاد الموقوف عليه ينفذ قولاً واحداً ، إذا قلنا : الملك في الجارية له ، وفي نفوذ استيلاد الواقف الخلافُ الذي ذكرناه إذا قلنا : الملك في رقبة الوقف للواقف .

والفرق أنا إذا أثبتنا الملك للموقوف عليه في الرقبة ، وحق المنفعة له أيضاً ، فقد اجتمع له ملك الرقبة ، واستحقاقُ المنفعة ، فالحق كله له إذاً أصلاً وفرعاً ، وليس كذلك الواقف ، فإنا وإن حكمنا بأن الملك في الرقبة له ، فحق المنفعة للموقوف عليه . وهـٰذا الفرق لا بأس به .

ولـٰكن يبقىٰ معه أن الموقوف عليه ليس له أن يُبطل الوقفَ ، وإن جعلنا الملك في الرقبة والمنفعة له ، وكأن[1] الواقف قصد إلىٰ تحبيس الملك على الموقوف/ عليه ، فلو مَلَّكْنا الموقوف عليه أن يُبطل الوقف ، لكان ذلك تسليطاً منا إياه علىٰ قطع الوقف بعد لزومه ، وهـٰذا لا يليق بوضع الوقف ، فليس يبعد عن الاحتمال تخريج نفوذ الاستيلاد من الموقوف عليه على الخلاف علىٰ قولنا : إن الملك له ؛ فإنا لو نفذنا الاستيلاد ، لأبطلنا الوقف ، علىٰ خلاف وضعه ، وعلىٰ خلاف مراد الواقف .

٢١٩ ي

٥٧٨٨ـ والذي يحقق ذلك أن نفوذ الاستيلاد في هـٰذه الأبواب بمثابة نفوذ العتق لو قدر إنشاؤه ، ولو أعتق الموقوف عليه العبدَ الموقوفَ ، علىٰ قولنا : إن الملك للموقوف عليه ، فلا سبيل إلىٰ قطع القول بنفوذ العتق ، فإذا كان الأمر في العتق على التردّد ، فليكن الاستيلاد بمثابته .

---

(١) « وكأن » : ليست هنا للتشبيه ، وإنما للتحقيق .

والذي يحقق ذلك ، ويوضّحه أن الملك محبّس على الموقوف عليه ، والتحبيس مقتضاه الحجر ، فالموقوف إذاً محجور عليه ، وإن ثبت له الملك .

وينقدح من هـٰذا فرقٌ بين العتق والاستيلاد علىٰ بُعدٍ والظاهر التسوية بينهما ؛ فإن عتق المحجور عليه لا ينفذ ، واستيلاده ينفذ ، لأنه فعلٌ ، لا سبيل إلىٰ ردّه في ملكه ، والمرعيّ في الحجر حق المحجور ، والملك خالص له ، وملك الموقوف عليه ليس بخالصٍ ؛ إذ لو كان خالصاً ، لأفاد إباحة الوطء .

هـٰذا منتهى المراد في وطء الجارية الموقوفة ، وما يتعلق به .

٥٧٨٩ـ ونحن وراء ذلك نبتدىء أصلاً متصلاً بما ذكرناه ، فنقول : إن صححنا تزويج الجارية الموقوفة ، وقلنا : الملك في الوقف للواقف ، أو هو زائل إلى الله تعالىٰ ، فيجوز للموقوف عليه ، أن يتزوجها . وإذا قلنا : الملك للموقوف عليه ، فلا شك أنه لا يتزوجها ؛ فإن المالك لا يتزوج مملوكته ، ولا فرق بين أن يكون الملك قويّاً ، أو ضعيفاً ، فإذا حكمنا له بالملك نمنعه من التزوّج[1] . ولو كان نكح أمةً ، فوقفها سيدُها عليه ، والتفريع علىٰ أن الملك للموقوف عليه ، فإذا تم الوقفُ ، انفسخ النكاح علىٰ ظاهر المذهب .

٥٧٩٠ـ وذكر صاحب التقريب وجهاً بعيداً أن دوام النكاح لا ينفسخ بالملك الذي يحصل بالوقف للموقوف عليه ؛ فإن هـٰذا ليس ملكاً حقيقياً ، وإنما هو في حكم تقديرٍ . ثم خرّج هـٰذا علىٰ مسائل اختلف الأصحاب فيها : منها ـ أن الأب لا ينكح أمة ابنه ، ولو كان نكح أمةً ، فاشتراها ابنُه ، ففي انفساخ النكاح بالملك الطارىء للابن **وجهان** . وكذلك لا ينكح السيد جاريةَ مكاتَبِه ، ولو نكح أمةً ، فاشتراها مكاتَبه ، ففي انفساخ النكاح **وجهان**[2] .

ش ٢١٩ كذلك لا ينكح/ الموقوف عليه الجاريةَ الموقوفةَ ابتداءً ، ولو كان نكح أمةً ، فوُقفت عليه ، ففي المسألة وجهان . والتفريع علىٰ أن الملك للموقوف عليه .

---

(١) (د١) ، (ت٣) : التزويج .
(٢) (د١) ، (ت٣) : قولان .

ولو أرادت المرأة أن تنكح مكاتَبها ، لم تجد إليه سبيلاً .

ولو زوج الرجل ابنته من مكاتَبه ، ثم مات ، وورثت الزوجةُ زوجها ، انفسخ النكاح ، باتفاق الأصحاب ، فالملك في المكاتَب [يقطع طارئُه النكاحَ][1] ، كما يمنع ابتداءه .

قال **صاحب التقريب** : « الملك على المكاتب ثابت ، وهو بعُرْض[2] أن يَرِق إذا عجز ، ولا يتصور أن يتمحّض ملكُ الموقوف عليه في الموقوف ، فكأن هـٰذا الملك غيرُ محقق » . وهـٰذا مما انفرد به .

والأصحاب مجمعون علىٰ أن التفريع إذا وقع علىٰ أن الملك للموقوف عليه ، فهـٰذا الملك كما يمنع الابتداء يقطع الدوام .

٥٧٩١ـ ومن أهم ما نختتم الفصلَ به أن الأئمة قالوا : إذا حكمنا بأن الموقوفة تصير أم ولد للواقف ، إذا فرعنا علىٰ أن الملك له ، وحكمنا بأن حق الوقف لا يمنع نفوذَ الاستيلاد ، فهـٰذا الآن يخرّج علىٰ أن المستولدة هل يصح وقفها ابتداء ؟ فإن حكمنا بأنه يصح وقفُها ابتداء ، فيبقى الوقف فيها مع ثبوت الاستيلاد .

ثم قال الأصحاب إذا وطىء الموقوف عليه ، وأولدَ ، وحكمنا بنفوذ الاستيلاد تفريعاً علىٰ أن الملك للموقوف عليه ، فبقاء الوقف يخرّج على الخلاف الذي ذكرناه .

٥٧٩٢ـ وهـٰذا عندي أَخْذٌ بالظاهر ، وإضرابٌ عن الغوص في الحقائق .

وبيان ذلك أنا لا نثبت الاستيلاد في الموقوفة للموقوف عليه ، إلا بتقدير نقل الملك إلى الموقوف عليه بالكليّة ، مع انبتات[3] الملك الذي أفاده الوقف ، ومساق ثبوت الاستيلاد يوجب إحلالها للموقوف عليه . وإذا حلّت له ، فليس هـٰذا من جنس الملك الذي كان بسبب الوقف قبلُ ، فكيف تكون مملوكة له بالوقف ، ومنتقلةً إليه بالاستيلاد ، وهـٰذا تناقض لا سبيل إلى التزامه ، وليسْ هـٰذا كما إذا وقع التفريع علىٰ

---

(١) في الأصل : « فالملك في المكاتب ينقطع طارئه بالنكاح » .

(٢) كذا في النسخ الثلاث ، والعُرض بضم العين المهملة : الجانب .

(٣) (د١) ، (ت٣) : إثبات .

أن الملك للواقف وقد استولد ؛ فإنه إذا كان يقف مستولدتَه ابتداء ، فلا يمتنع بقاء الوقف مع الاستيلاد انتهاءً ، وكل واقف إنما يقف خالصَ ملكه ، والدليل عليه أن مستولدة الرجل لا توقف عليه ، فيلزم من ثبوت الاستيلاد في حق الموقوف عليه بطلان الوقف ، ولا ينقدح غيره ، بخلاف ثبوت الاستيلاد في حق الواقف ؛ فإن/ تخريجه على الخلاف في وقف المستولدة غير بعيد . ي ٢٢٠

ومن قال من أصحابنا : الوقف يبقىٰ مع ثبوت الاستيلاد في حق الموقوف عليه ، يلزمه ألا يبيح المستولدة للموقوف عليه . وهٰذا خبطٌ عظيم ، ولست أحمل ما ذكره الأصحاب إلا علىٰ ترك النظر ، وإجراء الأمر على الظاهر .

٥٧٩٣ـ ومن وقف مستولدةَ نفسهِ ، وجوزنا ذلك ، فإنا نحرّم عليه وطأها بعد الوقف ، لا من جهة نقصان الملك في المستولدة ؛ [فإن الملك في المستولدة لا ينقص][(١)] ولٰكن الواقف لو وطئها بعد الوقف ، أمكن أن تعلق بمولود ، ثم ذلك قد يُفضي إلىٰ موتها ، وهٰذا تسبب إلىٰ إبطال حق متأكد ، فوجب المنع منه .

ثم إذا حكمنا ببطلان الوقف بالاستيلاد الثابت في حق الواقف ، أوفي حق الموقوف عليه ، فيكون الاستيلاد بمثابة استهلاك الوقف ، وإتلافه من جهة الواقف ، أو من جهة الموقوف عليه .

وقد ذكرنا تفصيلَ المذهب في ذلك ، وفي تقدير القيمة ، وبيان مصرفها ، أو سقوطها رأساً ، فلا حاجة إلىٰ إعادة هٰذه الفصول .

فَصْلٌ
في بيان نفقة الموقوف

٥٧٩٤ـ إذا ذكر الواقف أن نفقة العبد الموقوف في كسبه ، فما فضل عن نفقته من منافعه وكسبه ، فهو مصروف إلى الجهات التي يذكرها ، فشرْطُ الوقف يصح علىٰ هٰذا الوجه .

---

(١) ما بين المعقفين سقط من الأصل .

والأولىٰ لكل واقف أن يبدأ بصرف المستفاد من الوقف إلىٰ ما به قوامُ الوقف وبقاؤه . هـٰذا هو العادة المعتادة في شرائط الواقفين .

فإن أطلق الوقف علىٰ معيّن مثلاً ، وبعده علىٰ جهة لا تنقطع ، ولم يتعرض للنفقة ، فلا يخلو العبد إما أن يكون كسوباً ، وإما ألا يكون كذلك ، أو كان كسوباً ولـٰكن كسبه لا يفي بمؤنته ونفقته ، أو يكون كسوباً أوّلاً ، ثم يطرأ عليه الزمانة المقعدة من الكسب .

فأما إذا كان كسوباً ، فالذي قطع به الأئمة في طرقهم أن نفقته تتعلق بكسبه ، وإن لم يتعرض الواقف لذلك .

وذكر **بعض المصنفين** أن نفقته تخرّج علىٰ أقوالِ الملك ، ولا تتعلق بكسبه ، كما لو أقعدته زمانة عن الكسب ، وهـٰذا وإن كان يمكن توجيهه بأن الوقف تضمَّن صرفَ كسبه إلى الموقوف عليه ، فكأنه غير مكتسب ، إذا كان مستغرَق الكسب في استحقاق الموقوف عليه ، فما أرىٰ ذلك معتداً به ، والتعويل علىٰ ما ذكره الأئمة في الطرق ، وهو أن النفقة تتعلق بالكسب ، ووجه/ ذلك الحملُ على العادة أوَّلاً[1] ، والعادة إذا اطردت ، كانت بمثابة التصريح بالشرط . وهـٰذا أصلٌ ، لا حاجة إلىٰ تقريره بالشواهد . ٢٢٠ ش

٥٧٩٥ـ فأما إذا لم يف الكسب بالنفقة ، أو طرأ مانع يمنع عن الكسب ، فالنفقة حينئذ تخرّج علىٰ أقوال الملك : فإن حكمنا بأن الملك للواقف في الرقبة ، فالنفقة عليه .

وإن حكمنا بأن الملك للموقوف عليه ، فالنفقة تجب عليه .

وإن حكمنا بأن الملك لله ، فالنفقة في مال الله .

وهـٰذا إنما يجري في الإنفاق علىٰ ذي الروح لحرمته ؛ فإنه لا يجوز تعطيله ، وتركه يهلك هَزْلاً .

---

(١) (أوّلاً) : بمعنى الأصل الثابت . ولذا لم يتبعها بـ (ثانياً) ، وهـٰذا أسلوب معهود ، أن يذكر السبب الأصيل الذي يكفي وحده بلفظ (أولاً) ، ولا ثاني له .

٥٧٩٦ـ فأما عمارة الوقف إذا كان الموقوف عقاراً ، وكان الوقف مطلقاً ، وريْعه لا يفي بالعمارة التي لا بدّ منها في إقامة الوقف وإدامته ، فلا خلاف أنها لا تجب علىٰ أحدٍ : لا على الموقوف عليه إذا نسبنا الملك إليه ، ولا في مال الله تعالىٰ علىٰ قول إضافة الملك لله تعالىٰ ، ولا على الواقف ، علىٰ قولنا : إن الملك له .

والسبب فيه أن عمارة الأوقاف يُنحىٰ بها نحو عمارة الأملاك ، ولا يجب على المالك أن يعمر ملكه .

وقد ذكرنا في كتاب الإجارة وجهاً أن المكري يلزمه عمارةُ الدار المكراة ، ليتوفر المنافع منها على المكتري ، وهـٰذا سببه عهدةُ العقد ، والتزامُ المكري توفية المنافع ، وتوفيرها علىٰ مقابلة استحقاق العوض ، وهـٰذا المعنىٰ لا يتحقق في حق الواقف .

فصل

في خراب الوقف وما يلحقه من التغايير

٥٧٩٧ـ فإذا وقف الرجل شجرةً لتصرف ثمرتُها إلىٰ شخص ، وبعده إلىٰ جهة ، فلو يبست الشجرةُ ، وصارت حطباً ، فقد اختلف أصحابنا : فمنهم من قال : يبطل الوقف في ذلك ، وينقلب الحطب ملكاً للواقف ؛ فإن الوقف المضافَ إلى الشجرة إنما يتعلق بالشجرة مادامت ناضرة ؛ فإن اسم الشجرة في التحقيق ينطلق عليها مادامت كذلك ، فإن سمىٰ مسمٍّ حطبها شجرة ، كان ذلك علىٰ مذهب الاستصحاب ، فجفاف الشجرة إذاً ، كهلاك العبد الموقوف ، غير أنه إذا هلك ، لم يفرض ردُّ جثته إلىٰ ملكٍ ؛ من جهة أنها ليست مالاً ، والحطب مال .

٥٧٩٨ـ ومن أصحابنا من قال : لا نحكم بارتداد الحطب إلىٰ ملك الواقف ، ولا نقضي بانقطاع أثر الوقف .

ثم هـٰؤلاء اختلفوا علىٰ وجهين : فذهب بعضهم إلىٰ أن الشجرة تستعمل في جهة إمكان الانتفاع/ بها ، ويقدر كأن الواقف وقف جذعاً علىٰ إنسان ، فإذا أمكن الانتفاع به ، بإجارته وأخذ أجرته واستعمال الموقوف عليه إياه في جهةٍ ينتفع به فيها ، فهو الواجب .

ي ٢٢١

ومن أصحابنا من قال : إذا انقضت الجهة التي أرادها الواقف من الشجرة ، فالحطب أو الشجرة التي تصلح للانتفاع تباع ، ويصرف ثمنه إلى ابتياع شجرة أخرىٰ ، أو إلىٰ قسطٍ ، إن لم يتأت شراء شجرةٍ أخرىٰ كاملة ، ثم تحبّس على الجهة التي ذكرها الواقف .

ومن أئمتنا من قال : ذلك الحطب يصرف ملكاً إلى الموقوف عليه .

وهـٰذان الوجهان الأخيران يقربان من تردد الأصحاب في قيمة العين الموقوفة إذا أتلفها جانٍ . وقد ذكرنا التفصيل فيها .

٥٧٩٩ـ ومما أطلقه الأئمة في الكتب أن حُصُر المساجد إذا بليت ، وصارت بحيث لا ينتفع بها ، أو انكسر جذع وترضّض في مسجدٍ ، وخرج عن إمكان الانتفاع ، أو كنا نتعهد خشبة قائمة في المسجد ، فاتفق نحتُ شيء منها ، فتلك النحاتة ما حكمها ؟

قال الأئمة رضي الله عنهم : الوجه بيع هـٰذه الأشياء ، وصرفُ ثمنها إلىٰ مصلحة المسجد ؛ فإنا لو لم نفعل هـٰذا ، لتعطل ، ولا يمكن تقدير ارتداد أجزاء المسجد إلىٰ ملك أحد ؛ فإنها على التحقيق [ملكٌ لله تعالىٰ](١) ، والقول فيما يتعلق بمصالح المسجد كالفرش بمثابة القول في أعيان المسجد .

وذهب بعض أصحابنا إلىٰ أنا لا نتعرض لبيع هـٰذه الأشياء ؛ فإنها خرجت عن المالية ، إذ صرفت إلىٰ هـٰذه الجهة ، فلا تعود أموالاً ، فالوجه أن تترك علىٰ حالتها .

وهـٰذا بعيد ، لا اتجاه له .

٥٨٠٠ـ نعم اشتهر الخلاف في أنه إذا أشرف جذع في المسجد على الانكسار ، وتبيّن أنه إليه يصير ، وهو في الحال علىٰ بقيةٍ من المنفعة المطلوبة ، فهل يجوز للقائم بالمسجد أن يرعى المصلحة ويبيعَه قبل أن ينكسر ، أم لا يجوز ذلك حتىٰ يتحقق تعطل منفعته في جهته ؟ هـٰذا موضع اشتهار الخلاف .

٥٨٠١ـ ومما يتعلق بهـٰذا الأصل أن من وقف داراً فأشرفت على الخراب ، وعرفنا

---

(١) عبارة الأصل : « فإنها في التحقيق له » .

أنها لو انهدمت ، عسر ردُّها وإقامتُها ، فهل نحكم والحالة هـٰذه بجواز بيعها ؟

اختلف الأئمة فيه : فذهب الأكثرون إلىٰ منع البيع .

وجوّز المجوّزون البيعَ .

فإن منعنا البيع ، أدمنا الوقف ، وانتظرنا ما يكون .

وإن جوّزنا البيع ، فالأصح صرف الثمن إلىٰ جهة الوقف .

ومن أئمتنا من نحا بالثمن نحو القيمة إذا أتلف العينَ الموقوفة متلف . وهـٰذا ضعيفٌ ، لا أصل له/ في هـٰذا المقام . ش ٢٢١

وإن حكمنا بأن الثمن يصرف إلى ابتياع شيء وتحبيسه على الجهة التي كانت ، فهـٰذا حكم منا ببقاء مقتضى الوقف .

وإن حكمنا بصرف الثمن إلى الجهة التي ذكرناها في قيمة العين الموقوفة إذا أتلفت ، فمن جملة ما قيل في مصرف القيمة : أنها تصرف إلى الموقوف عليه ؛ تفريعاً علىٰ أن الملك في العين له .

٥٨٠٢ـ فلو قال الموقوف عليه : لا تبيعوا هـٰذه الدار المشرفة على الخراب واقلبوها إلىٰ ملكي ؛ فإنكم [لو بعتموها ، لصرفتم الثمن إليّ][(١)] ، فلا فائدة في البيع ، والوجهُ الحكم بانقلاب هـٰذه العين إلىٰ حقي وملكي على الوجه الذي انتهى التفريع عليه .

فالمذهب أنا لا نجيبه إلىٰ ذلك ، ولا نقلب عين الوقف ملكاً ، بل إذا جوزنا البيع ، فبطلان الوقف يتوقف علىٰ جريان البيع ، وهو باقٍ إلىٰ [اتفاقه][(٢)] .

وأبعد بعض الأصحاب ، فأسعف الموقوفَ عليه ، بما أراد ، ثم هـٰذا القائل لا يحوج إلىٰ إنشاء عقدٍ ، أو قولٍ في قلب العين إلى الموقوف عليه . ولـٰكنه يقول : إنها تنقلب إليه . وهـٰذا في نهاية الضعف .

---

(١) عبارة الأصل : لو بعتموه ولصرفتم الثمن .

(٢) في الأصل : العامة . وهو تحريف عجيب .

فَصْلٌ
فيما يتضمن حجراً في الوقف

٥٨٠٣ـ قد مهدنا في أصول الكتاب أن شرائط الواقف متبعة في تعيين الجهات وتفصيلها .

والمذهب الظاهر الذي قطع به معظم الأئمة أنه لو وقف داراً علىٰ معينين ، وشرط أن يسكنوها ، ولا يؤاجروها ، فليس لهم أن يتعدَّوْا موجَب الشرط ، وتتنزل الدار في نوْبتهم ـ ما بقوا ـ منزلة الرباطات والمدارس [المسبّلة](1) علىٰ جهة السكون(2) .

وقال بعض أصحابنا : الوقف علىٰ معينين سبيله سبيلُ التمليك ، ولا يُرعىٰ في هـٰذه الجهة وجهُ القربة ، ولذلك يجوز التحبيس علىٰ جماعة معيّنين من الكفار ، والفسقة ، وإذا كان محمولاً على التمليك ، فالمنع من الاستغلال(3) بجهة الإجارة حجرٌ في الملك ، فكان فاسداً مناقضاً للتمليك .

ثم إذا فسد الشرط ، انقدح فيه **وجهان** مبنيان على الأصل الممهد فيما تقدم : **أحد الوجهين** ـ أن الشرط يفسد ، والوقف مقدر دونه علىٰ حكم الإطلاق ، ولا حجر على الموقوف عليهم .

والوجه الثاني ـ أنه يفسد، ثم لا يخفىٰ [حكم](4) فساده ؛ فتبقى العين علىٰ ملك الواقف ويلغو الوقف ، ويسقط أثره .

٥٨٠٤ـ ولو وقف ضيعةً ، أو داراً علىٰ معينين ، وسوّغ الإجارة ، ولـٰكن حجر عليهم في زيادة مدة الإجارة علىٰ سنةٍ مثلاً ، فالمذهب الذي يجب القطع به أن شرطه متبع ؛ فإن هـٰذا الشرط ليس حجراً في التحقيق ، بل فيه رعايةُ مصلحة الوقف ،

(١) ساقطة من الأصل .
(٢) السكون : أي السكن . وقد مضت إشارتنا إلىٰ أن هـٰذا الوزن وارد في لسان الحرمين ، وتلميذه الغزالي ، ولم نره في المعاجم المعروفة لنا .
(٣) (د١) ، (ت٣) : الاستقلال .
(٤) ساقطة من الأصل .

ي ٢٢٢ واستبقائه ؛ فإن مدة الإجارة/ إذا طالت واستولت أيدي المستأجرين فقد يؤدي ذلك إلىٰ تعطيل الوقف رأساً .

فهـٰذا القائل يقول : وإن منعنا الحجر ، فلا نمنع ما يتعلق باستصلاح الوقف وتوفير المنفعة .

وأبعد بعض أصحابنا فأفسد هـٰذا الشرطَ ، ورآه ملحقاً بما يتضمن الحجرَ . وهـٰذا مما لا أعتد به أصلاً .

٥٨٠٥ـ ولو جعل بقعةً مسجداً ، وأطلق ، ثبت حكم المسجد في حق الناس كافة ، ولم يتخصص بها قوم .

ولو قال : لا يدخل المسجد إلا عصبة خصصهم ،فهـٰذا الشرط باطل ؛ فإن مبنىٰ الحكم في المساجد التعميم .

٥٨٠٦ـ ولو شرط ألا يقام في المسجد إلاّ شعارُ مذهبٍ خصَّصه بالذكر ، فالمذهب والقياس أن ذلك التخصيص باطل ، لما حققناه من أن أمور المساجد لا تقبل التخصيص .

وذهب طائفة من الأصحاب إلىٰ وجوب اتباع شرط الواقف في تعيين ذلك الشعار . وهـٰذا قاله من قاله علىٰ جهة المصلحة ؛ فإن التنافس بين أهل المذاهب ليس بالخفي ، ولو ثبت المسجد عاماً ، [يشترك][1] أصحاب المذاهب في إقامة شعارهم فيها[2] مع الاختلاف ، لأدىٰ ذلك إلى الازدحام ، والأمرِ الذي لا ينكر في طرد العرف ، ثم الوالي لا يمكنه أن يتحكم في تعيين شعار مذهب ، فأولىٰ متبع في الباب ما ينص عليه ناصب المسجد وجاعله .

٥٨٠٧ـ ولو جعل بقعة مقبرة، اشترك فيها كافة المسلمين، وخرج عن إطلاق الوقف الكفارُ؛ فإن مطلق اللفظ يقتضي القربةَ، وقرينةُ الحال تشهد بذلك، فحمل الوقف عليه.

ولو جعل بقعة مقبرة لمخصوصين بالذكر ، فقد ظهر اختلاف أصحابنا فيه ، فذهب

---

(١) في الأصل : فيشترك .

(٢) كذا بضمير المؤنث، وهي على تأويل لا يخفى مُدركه.

بعضهم إلىٰ تنزيل المقابر منزلةَ المساجد ، حتىٰ لا يسوغ التخصيص فيها .

وذهب الأكثرون إلى اتباع الواقف في تعيينه ؛ فإن القبور في حق الأموات بمثابة المساكن في حق الأحياء ، ثم تعيين المساكن لأقوام سائغٌ صحيح ، فليكن تعيين المقابر كذلك .

٥٨٠٨ـ ومهما فسد شرط في جعل المسجد ، فالمذهب المبتوت أن الشرط يلغىٰ ، وينفذ المسجد ؛ فإن هـٰذه الجهة مشابهة للإعتاق ، والشرط الفاسد إذا لم يقع علىٰ جهة التعليق لا ينافي نفوذ العتق . هـٰذا منتهى القول فيما يتضمن حجراً سائغاً ، أو ممنوعاً في جهات الوقف .

فَرْعٌ : ٥٨٠٩ـ إذا علق الرجل عتق عبده بصفةٍ ، ثم حبَّسه فوقفه، فالوقف نافذٌ في الحال ، فإذا وُجدت الصفة بعد الوقف، فهـٰذا يخرج على الأقوال في ملك الوقف : فإن حكمنا بأن الملك في الموقوف للموقوف عليه ، فالعتق لا ينفذ ، وينزل هـٰذا/ ٢٢٢ ش منزلة ما لو علق عتق عبده ، ثم باعه ، وألزم البيع ، ووجودُ الصفة في ملك المشتري لا يتضمن حصولَ العتاقة .

وهـٰكذا التفريع علىٰ قولنا إن الملك في الموقوف زائلٌ إلى الله تعالىٰ .

فأما إذا حكمنا بأن الملك في رقبة الوقف للواقف ، فظاهر المذهب أن العتق ينفذ عند وجود الصفة .

ومن أصحابنا من قال : القول في نفوذ العتق في هـٰذه الصورة كالقول في إعتاق الواقف العبدَ الموقوف ، ولو أعتقه ، لخرج نفوذ عتقه علىٰ أقوال نفوذ عتق الراهن في المرهون ، وهـٰذا يتردد علىٰ أحكامٍ ، ويجمعها أن الاعتبار بحالة التعليق ، أو بحالة تقدير وقوع العتق ، وعليه يخرّج أمر[1] من علق عتق عبده في صحته ، ثم مرض ، فوجدت الصفة في مرض موته ، فهـٰذا ملحق بعتق الصحة ، أو عتق المرض ؟ وهـٰذا الخلاف يجري فيه إذا علّق عتقَ عبده بصفةٍ ، ثم رهنه .

٥٨١٠ـ ومما يجري في أثناء ذلك أنه لو علق عتق عبدهُ بمجيء وقتٍ ، فهـٰذا

---

(١) (د١) ، (ت٣) : يخرّج أن من علّق عتق عبده .

[يأتي][(١)] لا محالة ، فلو وقفه ، احتمل أن يلحق ذلك بالوقف المؤقت إذا كنا نحكم بنفوذ العتق بعد الوقف . وإذا كنا لا نحكم بنفوذ العتق ، فلا شك في [صحة الوقف][(٢)] .

فَرْعٌ : ٥٨١١ـ إذا وقف بهيمةً علىٰ إنسان ، وجعل له الركوب منها ، ولم يُثْبت له لبنَها ، وصوفَها أو وَبَرها ، فمن أصحابنا من قال : حكم الوبر واللبن حكمُ منافعِ وقفٍ انقطع مصرفه ، وقد ذكرنا التفصيل في ذلك ، فلا نعيده .

ومن أصحابنا من قال : تخصيص الوقف ببعض المنافع يُفسده .

ومنهم من قال : الشرط يفسد ، والوقف يعمّ ، ولا خلاف أنه لو جعل الركوب لشخصٍ ، واللبن والوبر لآخر ، جاز .

فأما القول في نتاج البهيمة ، فقد ذكرناه مفصلاً على الاستقصاء .

فَرْعٌ : ٥٨١٢ـ سئل ابنُ سُريجٍ عمن وقف شجرةً علىٰ رجل ، هل يجوز له قطع أغصانها إذا كانت الشجرة تبقىٰ مع القطع ؟ فقال : إن أجاز الواقف ذلك في شرط الوقف ، جاز ، وإن أطلق الوقفَ ، لم يجز قطعُ الأغصان . قال الأصحاب : هـٰذا في شجرةٍ لا يعتاد قطع أغصانها ، فإن كانت الشجرة بحيث لا تطلب إلا لقطع أغصانها ، ثم إنها تخلُف كالخِلاف ، فمطلق الوقف فيها محمولٌ علىٰ حكم العادة ، وأغصان شجرة الخِلاف كثمرات الأشجار المثمرة .

فَرْعٌ : ٥٨١٣ـ لو وقف أرضاً ، وشرط أن تصرف غلتُها إلىٰ زكوات تجمعت عليه ، أو كفارات لزمته ، فحاصل المذهب في هـٰذا أن ما ذكره وقفٌ منه علىٰ نفسه ، وقد تقدم ذكر الخلاف فيه .

ي ٢٢٣ فإن منعنا ذلك ، فالوقف باطلٌ ؛ فإن الزكوات التي لزمته ديونٌ عليه ، وتأديةُ/ ديونه من حقه ، فقد صرف الوقفَ إلىٰ حق نفسه .

---

(١) في الأصل : باقٍ .

(٢) في الأصل : « فساد الوقف » ، وفي هامشها : « صحة الوقف » مع إشارة إلىٰ أنها في نسخة أخرىٰ .

ولو وقف شيئاً علىٰ مصارف الزكاة ، صح ، وحمل ذلك على الصرف إلى الأصناف المذكورين في كتاب الله تعالىٰ ، إلا العاملين والمؤلفة ، أما العاملون ، فلا شك في خروجهم ، وأما المؤلفة، ففيهم تفصيل سيأتي مشروحاً في قَسْم الصدقات ، إن شاء الله تعالىٰ، فإن رأيناهم من جهات الخير ، لم يمتنع صرف الوقف إليهم .

فَرْعٌ : **٥٨١٤ـ** إذا قال : وقفت علىٰ جهة الثواب ، فقد ذهب ذاهبون إلىٰ أن هـٰذا محمول على الوقف على الأقارب ، ولو وقف علىٰ جهة الخير ، صُرف إلىٰ مصارف الزكاة على التفصيل الذي ذكرناه ، مع استثناء العاملين ، كما سبق ، ويصرف إلىٰ قِرى الضيفان ، أورده **شيخي** كذلك ، وذكره **العراقيون** علىٰ هـٰذا النحو ، ففصلوا بين الثواب والخير .

ثم خصصوا كلّ لفظ بما ذكرناه ، فالذي نحققه أن الخير رأوا صرفه إلىٰ مصارف القربات الثابتة في الكتاب والسنة ، وهي محصورة في مصارف الصدقات ، وقِرى الضيفان .

ورأيت في بعض التعاليق المعتمدة عن **شيخي** أنه لا فرق بين لفظ الثواب والخير ، وحكىٰ في ذلك **نصَّ الشافعي** .

وذكر **بعضُ المصنفين** أن الفرق بين الثواب والخير مذهبُ **بعض السلف** . ولا فرق في ذلك عندنا .

وذهب معظم **القياسين** إلىٰ أن الثواب والخير لا يختصان بجهة من جهات القُرب ، ولـٰكنهما يحملان علىٰ جميع جهات الخير . وهـٰذا هو الحق الذي لا يجوز غيره ولا ينقدح فيه تردد ، إلا في شيء .

٥٨١٥ـ وهو أن رَيْع الوقف لو فرض جمعه وبناء رباطٍ به ، أو مسجدٍ ، فهو من جهات الخير ، ويحتمل أن يقال : لا يحمل الوقف علىٰ هـٰذا ؛ فإن العادةَ ما جرت به ، وإنما العرف الجاري في إخراج الريع إلىٰ من ينتفع به ، فأما اقتناء عقاراتٍ ، وبناء مساجدَ ، فليس مما يعتاد ، والقول الضابط عندنا في الباب اتباع اللفظ في عمومه وخصوصه ، إلا أن يتحقق عرفٌ مطردٌ مقترنٌ باللفظ ، فيحكم العرف في اطراده ، علىٰ تفاصيلَ مضت .

٥٨١٦ـ والذي أراه أن تشعيب المسائل اللفظية ليست من مسائل الوقف ؛ فإنها تجري في الوصايا وغيرها ، وليس من الرأي الإطناب فيها ؛ فإنها بالوصايا أليق .

٥٨١٧ـ ولو وقف علىٰ سبيل الله تعالىٰ ، كان ذلك محمولاً على الوقف على الغزاة ؛ تعلقاً بقوله تعالىٰ : ﴿وَفِي سَبِيلِ ٱللَّهِ﴾ [التوبة : ٦٠] .

فَرْعٌ : ٥٨١٨ـ اسم المولىٰ ينطلق على المعتِق المنعِم ، وهو الذي يسمى المولى الأعلىٰ ، وينطلق على المعتَق المنعَم عليه ، ويسمى المولى الأسفل .

فقال **أئمة العراق** : إذا قال الواقف : وقفتُ هـٰذا علىٰ[1] مولاي ، وكان له معتِق منعِم ، ولم يكن له معتَق ، انصرف/ الوقف إليه . ش ٢٢٣

وإن كان له معتَق منعَم عليه ، ولم يكن له معتِق أعتقه ، ولم يكن عليه ولاء ، انصرف إلى المولى الأسفل .

وإن كان له علىٰ إنسان ولاء ، وكان عليه ولاءٌ لغيره[2] ، فإذا اجتمع المعتِق والمعتَق ، فقد ذكر **أئمة العراق ثلاثة أوجه** : **أحدها** ـ أن الوقف يصرف إلى الصنفين ، يستويان فيه .

والثاني ـ أنه يصرف إلى الأعلَيْن ؛ فإن المولىٰ إذا أطلق ، كان ظاهراً في المنعِم ، محتملاً في غيره .

والوجه الثالث ـ أن الوقف يبطل ، لتردده بين الأعلىٰ والأسفل .

٥٨١٩ـ وهـٰذا الذي ذكروه يفتقر إلىٰ فضل بيان . فإن كان ذكر الواقف المولىٰ علىٰ صيغة التوحيد ، لم ينقدح فيه إلا **وجهان** : **أحدهما** ـ الحمل على المولى الأعلىٰ ، لما ادعيناه من ظهور اللفظ ، **والآخر** ـ البطلان ؛ فإن اللفظ إذا كان علىٰ صيغة الوحدان ، لم يصلح للعموم ، وكل لفظ مشترك بين معنيين ، فهو غير محمول عليهما ؛ فإن اللفظ المشترك غيرُ موضوعٍ للاشتمال على المسميات جمعاً ، بل هو صالح لآحاد المعاني على البدل ، وهـٰذا يجرّ إبهاماً لا محالة .

---

(١) (د١) ، (ت٣) : علىٰ أعلىٰ موالي .
(٢) عبارة (د١) ، (ت٣) : « وإن كان عليه ولاء ، وكان له علىٰ غيره ولاء » .

وقد ينقدح حيث انتهى الكلام إليه مراجعة الواقف؛ فإن اللفظ الذي جاء به محتمل، وليس كما لو قال : وقفت علىٰ أحد هـٰذين الرجلين ؛ فإن ذلك صريح في الإبهام .

ولا يتأتىٰ منا المبالغة في كشف ذلك ، فهو محال علىٰ معرفة الألفاظ .

٥٨٢٠- وهـٰذا إذا ذكر اللفظ علىٰ صيغة الوحدان ، فأما إذا قال : وقفت علىٰ مواليَّ ، وله الصنفان : الأعلَوْن والأسفلون ، فينقدح في هـٰذه الصورة الصرفُ إليهم ، والصرفُ إلى الأعليْن .

وقد يخرّج وجهُ الإبطال من جهة تقدير التردد ، وهـٰذا فيه بُعدٌ ؛ لصلاح اللفظ للعموم والشمول .

ولـٰكن قد ينقدح أن الإنسان لا يطلق هـٰذا إلا وهو يريد أحد الصنفين ؛ فإنهما في حكم المختلفين ، ويبعد إرادة المختلفين في مثل هـٰذا المقام . وينجرُّ هـٰذا إلى التردد في الموقوف عليه .

وهـٰذا إذا كان له جمعٌ من كل صنف ، فإن كان لا ينتظم الجمع إلا بالصنفين ، فالوجه الحمل عليهما .

فَرْعٌ : **٥٨٢١-** إذا وقف علىٰ عبد إنسان شيئاً ، صح ، وكان وقفاً علىٰ سيده ، ولو وقف علىٰ بهيمة ، اختلف أصحابنا فيه : فمنهم من أبطله ، ومنهم من صحّحه ، وحمله علىٰ مالكها . ولو وقف علىٰ إنسان شيئاً وقال في شرطه : يصرف الرَّيع إلىٰ عبد الموقوف عليهم ،فهـٰذا حجرٌ في رَيْع الوقف فاسدٌ باتفاق الأصحاب ، ويعود الكلام إلىٰ أن الشرط الفاسد هل يُفسد الوقفَ أم لا ؟

فَرْعٌ : **٥٨٢٢-** قال **الشيخ أبو علي** : إذا وقف رجل في مرض موته شيئاً علىٰ وارثه ، وبعده علىٰ جهة الخير . فالوقف على الوارث مردود/ ، ولـٰكن هـٰذا وقف منقطع الأول ، وفيه من التفصيل ما تقدم في صدر الكتاب . فإذا صححناه ، انقدح في [مصرفه][1] قبل انقراض الوارث الوجوه المذكورة . ٢٢٤ ي

(١) في الأصل : صرفه .

ولو ذكر جهةً فاسدةً ، ثم جهةً صحيحة ، وكان لا يتوقع فرض الانقراض في الجهة الفاسدة ، مثل أن يقول : وقفت علىٰ رجلٍ ، ثم على المساكين ، فإذا لم يعيِّن رجلاً ، لم ينتظم تقدير انقراضه ، فإن أفسدنا الوقف ، فذاك ، وإن صححناه ، فلا يتجه فيه إلا الصرف إلى المساكين ، وكأن الرجلَ المذكور لا ذكر له . وهـٰذا حسنٌ فقيه ، لا ينقدح غيره .

فَرْعٌ : **٥٨٢٣ـ** إذا أجّر البقعة الموقوفة من يصح منه إجارتُها ، ثم طُلبت البقعةُ بأكثرَ من الأجرة المسماة ، فالوجه أن نقول : إن كان الوقف علىٰ معيّن ، وقد تولى الإجارة ، فلا أثر لطلب الموضع بزيادة ؛ فإن الإجارة متعلقةٌ بحقه الخاص ، لا يعدوه ، فكان كالمالك يُكري .

وإذا كان الأمر علىٰ هـٰذا الوجه ، ولا حجر على الموقوف عليه ، فلو تبرع ، وأعار ، أو أكرىٰ بدون أجر المثل ، فلا [معترض][1] عليه .

ولو استثمر الأشجار المحبسة ، وتبرع بجميعها ، فإنما يتصرف في ملك نفسه .

والغرض مما ذكرناه تنزيل إجارة الموقوف عليه منزلةَ إجارة المالك .

٥٨٢٤ـ فأما إذا كان الوقف علىٰ جهةٍ من جهات الخير ، وإجارتُه مفوّضة إلىٰ متولٍ ، فلا شك أنه لا يصح منه التبرع ؛ فإنه ناظر محتاطٌ في تحصيل ما هو الأغبط ، وطلبِ ما هو الأحوط .

فلو أجر البقعة الموقوفة بأجر مثلها مدةً ، ثم طُلبت بالزيادة ، فحاصل المذهب فيه أوجه : **أحدها** ـ أن الإجارة إذا لزمت علىٰ شرط الاحتياط ، يجب الوفاء بها ، ولا يغيِّرها بذلُ الزيادة من زائدٍ ؛ فإن ارتفاع القيمة كان[2] إلىٰ ملك المستأجر ، وإذا ارتفع ملك المستأجر ، لم يعترض عليه .

---

(١) في الأصل : يتعرّض .

(٢) كان إلىٰ ملك المستأجر : أي ارتفع ملكُ المستأجر ؛ إذْ هو ملك المنافع بعقد الإجارة ، وارتفاع قيمة الإجارة هو في الحقيقة ارتفاع قيمة المنافع ، وقد ملكها المستأجر وفي (د١) ، (ت٣) : بحال إلىٰ ملك المستأجر .

ومن أصحابنا من قال : مهما[١] ارتفع السعر ، وزادت الأجرة ، وظهر من يطلب بالزيادة ، جاز للمتولي نقضُ الإجارة ، بل وجب عليه ذلك ؛ فإن الإجارة ترد على المنافع ، وهي تؤخذ شيئاً شيئاً .

وهـٰذا عندي مزيف مجانب لمذهب **الشافعي** . ولم أر أحداً من أصحابنا يخالف في أن القيِّم إذا آجر ملك الطفل ، ثم فرضت زيادة ، علىٰ ما صورناه أنه لا يجوز نقض الإجارة .

فإن شبب صاحب هـٰذا الوجه بطرد الخلاف في ذلك ، كان قوله قريباً من خرق الإجماع إن لم [يكنه][٢] .

وقال بعض أصحابنا يجب الوفاء بالإجارة في سنة ، فأما إذا زادت المدة ، واختلف الأجر ، لم يجب الوفاء بالإجارة ، وكأن هـٰذا القائل يرى السنة مع ما يفرض فيها من تغايير قريباً[٣] محتملاً .

ولهـٰذا التفات علىٰ أن الإجارة حقها ألا تُزاد علىٰ سنة ، وقد ذهب بعض أصحابنا إلىٰ ذلك في الوقف ، مع المصير إلىٰ أن إجارة الملك تزاد على السنة ، وهـٰذا له اتجاه في الوقف/ علىٰ جهاتِ الخير . ٢٢٤ ش

٥٨٢٥ـ فإن فرعنا علىٰ أن الزائد يغير حكمَ الإجارة ، فيحتمل أن يقال : المتولي يفسخ ، ويحتمل أن يقال : الإجارة تنفسخ .

٥٨٢٦ـ وعندي أن هـٰذا كلّه إذا تغيرت الأجرة بكثرة الطالبين ، فأما إذا وجدنا زبوناً يزيد علىٰ أجر المثل ، فلا [خير فيما يزيد ، ولا حكم له][٤] . نعم ، لو فرض هـٰذا في ابتداء العقد ، أسعف الزائد ، وعقدت الإجارة معه، والله أعلم .

---

(١) «مهما»: بمعنى (إذا).
(٢) مكان كلمة رسمت في الأصل هـٰكذا : (بلقه) تماماً . والمثبت من (د١)، (ت٣).
(٣) كذا في النسخ الثلاث ، ولعل فيها سقطاً تقديره : « زماناً قريباً محتملاً » ، أو فيها تحريف . والله أعلم .
(٤) عبارة الأصل : فلا حكم لما يزيد .

فَرْعٌ : **٥٨٢٧ـ** إذا عسر الوصول إلىٰ شرائط الوقف ، فإن لم نأيس ، وقفنا الأمرَ ، وحملنا المستحقين على الطلب ، وإن أيسنا من العثور علىٰ شرائط الوقف ، فقد سمعتُ **شيخي** يقول : حق هـٰذا أن ينزَّل منزلة الوقف الذي لا مصرف له ، إذا صححناه ، وهو إذا قال القائل : وقفت داري هـٰذه . وكان يحكي عن **القفال** في هـٰذا : « أن أصح الوجوه فيه ـ إذا قال : وقفتُ ـ الحملُ على الجهة العامة » .

ولا يتأتىٰ هـٰذا إذا عدمنا شرطَ الوقف ، وأشكل علينا تفصيله ، مع العلم بانحصاره في معينين . والوجه [عندي][1] وقف الريّع إلىٰ أن يصطلحوا ؛ فإنا إنما نقدِّر مصرفاً إذا تيقَّنا أن الواقف لم يثبته ، وقد صححنا الوقف ، فننظر في مصرفٍ ، أما إذا ثبت المصرف ، فالوجه الوقف على الاصطلاح ، ثم يدخل في الوقف من نستيقنه مستحقاً ، فأما من لا نتحققه مستحقاً ، فلا مدخل له في الوقف والاصطلاح .

نجز كتاب الوقف بحمد الله ومنِّه ، والصلاة علىٰ نبيه .

* * *

---

(١) ساقطة من الأصل .

كتاب الهبات

٥٨٢٨ـ الأصل فيها سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولا شك أنها كانت تجري في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فطريق ثبوتها التواتر، وإنما ينقُل الآحادُ في تفاصيل أحكامها أخباراً ، وهـٰذا سبيل كل أصلٍ من أصول الشريعة .

فمما ورد في تفاصيل أحكام الهبات ما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال : « **العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه** »[١] ، وقال صلى الله عليه وسلم : « **لا يحل لواهبٍ أن يرجع فيما وهب إلا الوالد ، فيما وهب لولده** »[٢] .

وأصل الهبة مجمعٌ عليه .

٥٨٢٩ـ ونحن نصدّر هـٰذا الكتاب بذكر ركني الهبة . ولها **ركنان** : **أحدهما** ـ الإيجاب ، والقبول ، **والثاني** ـ الإقباض .

فأما الكلام في لفظ العقد ، فقاعدة الباب أن الهبة عقد يفتقر إلى الإيجاب والقبول ، كالبيع ، وقد حكينا عن **ابن سريج** مذهباً بعيداً مائلاً عن قياس المذهب في أن البيع في المحقرات ينعقد بالمعاطاة ، وهـٰذا متروك عليه غيرُ معتد به ، ولا شك أن من يصير إليه [يُجريه][٣] في الهبة .

ونحن نضرب عن هـٰذا ، ونأخذ في مسلك آخر ونقول :

---

(١) حديث «العائد في هبته» . متفق عليه (اللؤلؤ والمرجان : ٢/ ٣٩٧ ح ١٠٤٧) .

(٢) حديث «لا يحل لواهب أن يرجع فيما وهب إلا الوالد. . .» أخرجه الشافعي عن طاووس مرسلاً: المسند ح ١٧٤، ومن حديث ابن عباس رواه أبو داود: البيوع والإجارات، باب الرجوع في الهبة: ٣٥٣٩، والترمذي : البيوع ، باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة : ١٢٩٩ ، والنسائي: الهبة، باب رجوع الوالد فيما يعطي ولده : ٣٧٢ ، وابن ماجه : الهبات ، باب من أعطىٰ ولده ثم رجع فيه : ٢٣٧٧ ، وابن حبان: ٧/ ٢٨٩ رقم: ٥١٠١، والحاكم : ٢/ ٤٦ ر . التلخيص :٣/ ١٥٨ ح ١٣٦٣ .

(٣) في الأصل : يجزئه . والمثبت من (د١) ، (ت٣) .

ي ٢٢٥ قد عم في عادات السلف ، ومن بعدهم المهاداة والإتحاف/ بالتحف ، من غير فرض إيجابٍ فيها وقبول .

وهٰذا لا ينزل منزلة ما عمت به عادات بني الزمان بعد دروس شعار التقوىٰ في الاكتفاء بالمعاطاة في البياعات ؛ فإن هٰذه العادة لا يمكن دعوىٰ إسنادها إلى الأوّلين ، بخلاف ما ذكرناه في التحف .

وقد ذهب **بعض المصنفين** إلى القطع بتصحيح هٰذا من غير لفظ ، وقطع **العراقيون** باشتراط اللفظ في الإيجاب والقبول ، وما ذكروه قياس العقود ، ولما أشرنا إليه من أمر العادة وقعٌ في القلب .

ثم إنما [يصار][1] إلى التوجيه المحمول على العادة فيما يمكن دعوىٰ إسناد العرف فيه إلى الأولين ، وهٰذا فيما أراه يتعلق بالمطعومات ، فأما ما يضطرب النظر في ادّعاء العادة فيه ، فهو غير ملتحق بتنزيل المعاطاة في البيع منزلة اللفظ .

٥٨٣٠ـ ومما يتصل بهٰذا الركن أن الأب إذا وَهَب من طفله وهو وليه ، فقد ظهر اختلاف الأصحاب في أن هبته من الطفل هل تصح بمجرد الإيجاب ، أو بمجرد القبول ، أم لا بد من الإتيان بهما ؟ فمنهم من قال : لا بد منهما ، ومنهم من قال : يقع الاكتفاء بأحدهما ؛ فإن التخاطب يجري بين اثنين ، وهما في حكم ابتداء خطاب وجواب ، وهٰذا لا ينتظم من الشخص الواحد ، فاللفظ الواحد منه يعطي معنى العقد .

ثم رأيت الطرق متفقةً علىٰ أنا إذا لم نشترط اللفظين ، فالاكتفاء بلفظ القبول جائز .

وفي هٰذا عندي فضل نظر . فأقول: للقبول صيغتان : **إحداهما ـ** أن يقول المخاطب بالبيع : اشتريت ، إذا قال البائع : بعتُ . والأخرىٰ : أن يقول : قبلت . كذلك يفرض مثل هٰذا في الهبة ، فالمخاطب المتبرَّع عليه يقول : اتَّهبت ، ويقول : قبلت . ثم الطالب في البيع يحسن منه أن يبتدىء ، فيقول : اشتريت هٰذا العبدَ بألف ، فلو قال : قبلتُ بيع هٰذا العبدِ بألف ، فما أرىٰ ذلك جائزاً ؛ فإن هٰذا صيغة الجواب ، والجواب قبل الخطاب لا ينتظم ، ولا أشك أنه لو قال : [قبلت][2] مبتدئاً ، كان كلامه لغواً .

---

(١) في الأصل : يضاد .

(٢) ساقطة من الأصل .

فإذا تمهد لنا ذلك ، عدنا إلى الغرض، فنقول :

إذا قال الأب : قبلت هبة هـٰذا الطفل ، أو قبلت بيع هـٰذا له ، فما أرىٰ ذلك صحيحاً ، ولا أشك في بطلان اقتصاره علىٰ قوله قبلتُ ؛ فإنه كلام غير مفهوم .

وإن قال : اتّهبت لطفلي ، أو اشتريت لطفلي ، فهو موضع خلاف ، وهو بمثابة قوله : بعت من طفلي ، أو وَهَبت من طفلي .

وأما اكتفاؤنا بقرائن الأحوال في تقديم الطعام إلى الضيفان في الرأي الأصح ، فهو خارج عما نحن فيه ؛ فإن سبيله الإباحة ، والإباحة ليست تمليكاً ، ولم يختلف أصحابنا أنها لا تفتقر/ إلى القبول ، علىٰ رأي من يغلو ، ويشترط اللفظ . هـٰذا قدْرُ غرضنا الآن ، فيما يتعلق باللفظ . ٢٢٥ ش

٥٨٣١ـ فأما القول في القبض ، فحصول الملك في الموهوب يتوقف على القبض التام ، والقبض في الهبة كالقبض الناقل للضمان في البيع ، وقد فصلنا القولَ في القبوض والمقبوضات في كتاب البيع .

والذي نذكره هاهنا التفصيلُ في هبة الأب من طفله ، فيما يتعلق بالقبض، والوجه تجديد العهد بهبة المودَع الوديعةَ من المودِع ، وقد ذكرنا هـٰذا في كتاب الرهن ، وأثبتنا قولين في أن نفس الهبة والرهن هل يكون إقباضاً ؟ فإن قلنا : إنه ليس بإقباضٍ ، ففي كيفية الإقباض والعينُ في يد المتهب والمرتهن كلامٌ .

فإذا تجدد العهد بذكر هـٰذا ، عدنا إلى القول في الأب إذا وهب من طفله .

فإن قلنا : الهبة من المودَع تُحوِج إلىٰ إقباض ، فهـٰذا في الأب أولىٰ . وإن قلنا : من المودَع إقباض ، ففي هبة الأب من طفله **طريقان** : من أصحابنا من قال : لا حاجة إلى الإقباض في حق الأب ، ونفسُ اللفظ كافٍ ؛ فإن الموهوب في يد من يكون في يده لو قدّر القبض .

ومن أصحابنا من قال : لا بد من الإقباض ؛ فإن الموهوب في يد المالك الواهب في مسألة الأب ، وهو في يد المتهب في مسألة المودَع . وقد ذكر الخلاف علىٰ هـٰذا الوجه **الصيدلاني** .

٥٨٣٢ـ وسلك **بعضُ من لا يحيط بحقيقة المذهب** مسلكاً آخر ، فقال : إن قلنا :

يجوز الاقتصار علىٰ أحد شقين لفظاً ، فلا حاجة إلىٰ إقباض، وإن قلنا : لا بد من اللفظين ، فهو خارج علىٰ قياس المودَع . وهـٰذا هَوَسٌ ؛ فإن الاقتصار علىٰ أحد اللفظين مأخذُه غيرُ مأخذ القبض ، كما دل عليه التنبيهات الجارية في أثناء الكلام .

٥٨٣٣- فإذا ثبت القول في القبض ، فالقول الصحيح المنصوص عليه في **الجديد** أن الملك يحصل مع القبض إذا ترتب على الصحة على الهبة المنعقدة . وعنينا بصحة القبض ترتيبه علىٰ إقباض الواهب ، فلو ابتدر المتّهب ، وقبض من غير إقباض ، ولا إذنٍ ، لم يحصل الملك ، خلافاً **لأبي حنيفة**[1] رحمة الله عليه . وقد قدمنا تفصيل القول فيه إذا ابتدر المشتري ، فقبض العين المشتراة في كتاب البيع .

ولو أتلف المشتري المبيع ، كان إتلافه قبضاً ناقلاً للضمان ، ولو أتلف المتَّهب الموهوب ، لم يكن ذلك قبضاً ، ولزمته القيمة للواهب ، والسبب فيه أن إتلاف المشتري صادفَ ملكَه ، فبعُد أن يغرَم القيمة لتُحبس في مقابلة الثمن ، إن قلنا : بالحبس . وإتلافُ المتّهب صادف ملك الواهب .

هـٰذا بيان القول الجديد .

وللشافعي قولٌ في **القديم** : أن الهبة إذا اتصلت بالإقباض، تبيَّنا أن الملك حصل بعقد الهبة للمتهب/ ، وهـٰذا قولٌ ضعيف في حكم المرجوع عنه . ي ٢٢٦

٥٨٣٤- ثم الترتيب السديد أنا إذا حكمنا بأن الملك يحصل مع القبض ، فلو مات الواهب أو المتهب قبل جريان القبض ، انفسخت الهبة ، ولو أراد وارثُ الواهب الوفاء بها ، احتاج إلىٰ إنشاء هبة .

وإن حكمنا بأن الملك يستند إلى العقد تبيُّناً إذا جرى القبض ، فلو مات [الواهب][2] ، أو المتهب قبل جريان القبض ، ففي انفساخ الهبة **وجهان** ، وقد ذكرنا نظيرهما في الرهن .

وأطلق بعض **المحققين** الوجهين على القولين ، ووجّهوهما من غير تعرضٍ للترتيب

---

(١) ر. المبسوط: ١٢/ ٥٧.
(٢) في الأصل : الراهن .

على القولين في وقت حصول الملك : من قال بالانفساخ ، احتج[١] بأن العقد قبل القبض جائز من الطرفين جوازاً شرعياً فينفسخ ، كالجعالة ، والوكالة ، والقراض .

ومن قال : لا ينفسخ، احتج بأن مصير الهبة إلى اللزوم عند فرض جريان القبض ، فالموت قبل القبض بمثابة الموت في زمان الخيار في عقد البيع .

وقد أجرينا هـٰذا الخلاف في الرهن .

هـٰذا منتهىٰ غرضنا في ذكر ركني الهبة : اللفظ ، والقبض .

فَصْلٌ

مشتملٌ علىٰ بيان ما يصح هبته ، وما يمتنع هبته

٥٨٣٥ـ فكل عينٍ صح بيعُها ، صح هبتُها .

والشيوع لا يمنع صحةَ الهبة فيما ينقسم ، وفيما لا ينقسم ، كما لا يمنع صحة البيع والرهن ، وخالف أبو حنيفة[٢] رحمة الله عليه في الهبة ، وقياسه فيها يخالف قياسَه في الرهن ، فلا جَرم قال : بيعُ الشائع الذي لا ينقسم أصله جائز ، وتعويله في منع هبة الشائع علىٰ أن الهبة تبرع ، فلو صحت في الشائع ، لملك المتَّهب [إلزام][٣] الواهب القسمة ، وهـٰذا يؤدي إلىٰ إلزام المتبرع مؤونةً علىٰ[٤] التبرع في عين ما تبرع به ، وهـٰذا قد رددناه عليه في (الأساليب)[٥] وغيرها[٦] .

وإنما غرضنا أنهم يستمسكون بالقبض ، ويقولون : « إنما يوقف الملك في الهبة

---

(١) في الأصل : واحتج .

(٢) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٤/ ١٣٩ مسألة : ١٨٣٧ ، والمبسوط : ١٢/ ٦٤ ، ومختصر الطحاوي : ١٣٩ ، وإيثار الإنصاف : ٢٨٠ .

(٣) في الأصل : التزام .

(٤) (د١) ، (ت٣) : في . والمراد إلزام المتهب مؤونةً بسبب هبته، وهي مؤونة القسمة.

(٥) الأساليب : أحد كتب الإمام في الخلاف ، ولما نصل إليه .

(٦) وغيرها : أي غير الأساليب ، ولعله يعني (الدرّة المضيئة) ، فقد ردّ فيها على الحنفية هـٰذه المسألة .

على القبض ؛ لأن الملك لو حصل بنفس الهبة ، لوجب الإقباض ، فيؤدي هـٰذا إلىٰ إلزام الشرع[١] للمتبرع شيئاً بسبب تبرّعه ، وهـٰذا بعيد » .

وهـٰذا الكلام باطل عندنا .

٥٨٣٦ـ فإن قيل لنا : فما معتمد المذهب في اشتراط القبض ، وقد قال **مالك**[٢] : الهبة تملك بنفسها من غير إقباض ؟

قلنا : اعتمد **الشافعي** في اشتراط القبض حديث أبي بكر : فإنه كان منح عائشة رضي الله عنهما جِداد عشرين وَسْقاً ، فلما مرض مرضه الذي مات فيه قال لها : « **وددت لو حُزتيه قبل هـٰذا ، وهو الآن مالُ وارث بينك وبين أخويك وأختيك** » . قالت : « عرفت أخويّ محمداً وعبدَ الرحمـٰن ، وأختي أسماء ، فخطر لي أن خارجةَ كانت حاملاً من أبي بكر ، وأنها ستلد أنثىٰ ، فولدت أنثىٰ »[٣] .

هـٰذا متعلق **الشافعي** في اشتراط القبض .

ش ٢٢٦ **٥٨٣٧ـ** ثم تردد الأصحاب في أمور/ نُرسلها ، ثم ننبه علىٰ حقيقتها :

فذكر بعضهم في صحة هبة الكلب خلافاً ، وأورد **الشيخ أبو علي** هـٰذا ، ونَحَوْا بالهبة في الكلب نحو الوصية به ، وهـٰذا بعيد جداً ، وحق هـٰذا الإنسان أن يطرد هـٰذا الخلاف في المجاهيل وغيرِها ، [مما][٤] تصح الوصية به ، ويمتنع بيعُه ، ولا شك أنهم يُلزَمون طردَ هـٰذا في الجلد قبل الدباغ ، والخمر المحترمة ، وكل ما يثبت فيه حق الاختصاص إذا صحت الوصية ؛ فإن الهبة تبرعٌ ناجز والوصية تبرعٌ مضاف إلىٰ ما بعد الموت .

---

(١) (د١) ، (ت٣) : التبرع . ولفظ (الدرة المضية) : « الشرع » مثل الأصل .

(٢) ر . جواهر الإكليل : ٢/ ٢١٢ ، الإشراف للقاضي عبد الوهاب : ٢/ ٦٧٣ مسألة : ١١٩٨ .

(٣) حديث هبة أبي بكر لعائشة ، رواه مالك في الموطأ (كتاب الأقضية : باب ما لا يجوز من النحل ٢/ ٧٥٢ ، ح٤٠ ، وفيه أن عائشة سألت أبا بكر : « إنما هي أسماء ، فمن الأخرىٰ » فقال لها أبو بكر : « ذو بطن ، بنت خارجة ، أُراها جارية » رضي الله عنهم أجمعين .

وورواه البيهقي (٦/ ١٧٢) من طريق ابن وهب عن مالك وغيره. تلخيص الحبير :(٣/ ٧٢ ح ١٣٢٨) .

(٤) في الأصل : فما .

وكان **شيخي** لا يعرف هـٰذا ، وينزل الهبة منزلة البيع . وقد أجرىٰ هو وغيره **قولين** في هبة الغائب ، كما أجروْهما في بيع الغائب ، وسنذكر في باب العمرىٰ والرقبىٰ أن تعليق الهبة باطل ، والوصايا تقبل التعليقات ، كما سيأتي شرحها ، إن شاء الله تعالىٰ .

٥٨٣٨ـ وذكر طائفة من أصحابنا في صحة هبة المرهون **وجهين** : **أحدهما** ـ البطلان ؛ قياساً على البيع .

والثاني ـ الصحة ، ومعناه البناء على الانتظار ؛ فإن بِيع الرهنُ في حق المرتهن ، تبيّنا بطلانَ الهبة . وإن انفك الرهن ، فالخِيرَةُ إلى الراهن الواهب . فإن أقبض ، حصل الملك .

وهـٰذا علىٰ ضعفه يتجه بشيء ، وهو أن الهبة لا تُعقب الملك في وضعها ؛ فإن صادفت مرهوناً ، لم يبعد الانتظار فيها ؛ فإن القبض المملِّك منتظَرٌ ، وهـٰذا يجرّ خبطاً[1] عظيماً ، ويُلزم تصحيحَ الهبة في الآبق ، وما لا يقدر عليه في الحال .

ويجوز أن ينفصل عن الآبق ؛ فإنه غير مقدورٍ عليه ، والراهن قادر علىٰ فك الرهن بأداء الدين .

٥٨٣٩ـ ومما يتصل بما نحن فيه القول في هبة الدين . (٢ ونحن نقدم عليه تفصيل القول في بيع الدين ، وقد قدّمتُ ـ فيما أظن ـ قولين في بيع الدين ٢) من غير مَنْ عليه الدين ، وغرضنا الآن تفصيل القول في الهبة . فإن حكمنا بصحة بيع الدين ، ففي صحة هبته **وجهان ذكرهما صاحب التقريب** : **أحدهما** ـ أنه يصح هبة الدين ، فإن ما يصح بيعه ، يصح هبته .

والثاني ـ لا يصح هبته ؛ فإن الهبة تفتقر إلى القبض ، والدين لا يتصور قبضه وهو دين .

فإن قلنا : لا تصح الهبة ، فلا كلام .

---

(١) (د١) ، (ت٣) : يخرج خبلاً .
(٢) ما بين القوسين ساقط من (د١) ، (ت٣) .

وإن قلنا : تصح ، فهل يفتقر انبرامها إلىٰ قبض الدين واستيفائه ، حتىٰ تكون الهبة جائزةً[1] ، يبطلها الواهب قبل القبض الحسي ؟

قال **صاحب التقريب** : في المسألة **وجهان** : **أحدهما** ـ أنه لا بد من القبض في الانبرام ، وهو قياس الهبات .

والوجه الثاني ـ أنه لا يفتقر إلى القبض المحسوس ، بل تنبرم الهبة قبل استيفاء الدين .

ثم من أصحابنا من قال: تنبرم بنفس الإيجاب والقبول ، ومقصود هـٰذه الهبة أن يصير المتَّهب بعد الهبة كالواهب قبل الهبة ، ومعلومٌ أن الواهب كان يستحق الدين في الذمة من غير قبض ، فعلىٰ هـٰذا تنزل/ هبة الدين منزلة الحوالة ، وهـٰذا لا بأس به ، وقد ذكره **العراقيون** علىٰ قريبٍ من الوجه الذي ذكرناه حكاية عن **صاحب التقريب** . ي ٢٢٧

ومن أصحابنا من قال : لا بد من تسليطٍ بعد الهبة، وهو في حكم الإقباض بالقول ، فتنعقد الهبة بالإيجاب والقبول ، ثم يقول الواهب بعدهما دونك والدين ، فاستوفه ، فقد سلطتك عليه ، ويضاهي هـٰذا التخلية في الأعيان التي لا تقبل النقلَ .

٥٨٤٠ـ وخرّج **صاحب التقريب** التصدقَ بالدين ، حتىٰ يقع عن الصدقة المفروضة إذا نواها ـ علىٰ هـٰذا القياس ؛ حتىٰ إذا صحَّحْنا الهبة من غير استيفاء، قلنا علىٰ ذلك : لو كان مال الرجل ديناً ، فتصدق بشيء منه علىٰ مستحقِّي الزكاة ، وقع ذلك موقع الاعتداد والاحتساب . ولو كان له علىٰ مسكينٍ دينٌ ، فوهبه منه عن حساب الزكاة ، لم يقع الموقع ؛ فإن هـٰذا إبراء ، وليس بتمليك على الحقيقة ، وتنزيل الإبراء منزلة التمليك من باب الإبدال في الزكوات ، ولا مساغ لها عند **الشافعي** . وقد قيل : إن **أبا حنيفة** رحمة الله عليه يمنع ذلك ، مع توسّعه في إقامة غير المنصوص عليه مقام المنصوص عليه .

٥٨٤١ـ ومما يتصل بذلك رهن الدين، وقد قدمنا في كتاب الرهن منعه ، وهو الأصل ، ولـٰكن خرّج الأصحاب الرهن على الهبة فقالوا : إن منعنا الهبة ، منعنا

(١) «جائزة»: أي غير لازمة: أي هي حينئذٍ عقدٌ جائز.

الرهن ، وإن صححنا الهبة ، لم يمتنع تصحيح الرهن . ولـٰكن الوجه الذي ذكرناه في انبرام الهبة قبل الاستيفاء المحسوس لا يخرّج في الرهن ، ولا يتجه فيه إلا اشتراط الاستيفاء ، فإن المقصود من الرهن التوثق بالعين ، وهـٰذا لا يحصل فيما ليس مقبوضاً حسّاً ، فصحة الرهن بتأويل انعقاده ، ووقوف انبرامه على القبض المحسوس يخرّج علىٰ بعد .

* * *

باب
العمرىٰ والرقبى

٥٨٤٢ـ هـٰذه اللفظة استعملتها العربُ في الجاهلية قبل المبعث ، ونحن نذكر صيغتها ومعناها ، ثم نذكر حكمها .

فإذا قال الرجل : أعمرتك هـٰذه الدار ووهبت[(١)] منك عمرك ، أو ما بقيت ، فهـٰذه صيغ العمرىٰ . ومعناها أن الموهوب يكون للمعْمَر ما بقي ، فإذا مات ، لم يخلفه الوارث ، ولم يقم مقامه . هـٰذا معنى اللفظ ، وكانت العرب تعنيه[(٢)] وتريده ، وتبني[(٣)] النحلةَ علىٰ رجوع الموهوب إلى الواهب إذا مات المتَّهب .

فإذا بان اللفظ ومعناه ، عدنا إلىٰ ترتيب حكم الشرع فيه .

٥٨٤٣ـ والترتيب القريب أن نقول : إذا قال : أعمرتك ، أو وهبت عمرك ، أو ما بقيتَ، ولم يتعرض لقطع الملك عن ورثته ، ولا استمرار الملك عليهما، ففي المسألة **قولان** : **أصحهما ـ** وهو المنصوص عليه في **الجديد** أن الهبة تصح . وقال **الشافعي في القديم** : لا تصح الهبة .

ش ٢٢٧ **توجيه القولين** : من قال : لا تصح/ ، فوجهه بيّن في القياس ؛ فإن الهبة قياسها أن تقتضي ملكاً يقتضي البيعُ مثلَه ، وحكم الملك المستفاد من البيع أن يطّرد على الوارث ، واللفظ لا يعطي هـٰذا المعنىٰ في الهبة ، فينبغي أن تبطل .

ومن نصر القول **الجديد** ، فمعتمده الخبر ، وهو ما روي أن **رسول الله صلى الله**

---

(١) (د١) ، (ت٣) : ووهبتك .
(٢) تعنيه : أي المعنىٰ .
(٣) (د١) ، (ت٣) : تبغي .

عليه وسلم : جعل العمرىٰ للوارث[١] . وروي أنه قال صلى الله عليه وسلم : « **لا تُعمروا ولا تُرقبوا ، فمن أعمر شيئاً ، أو أرقبه ، فسبيله الميراث** »[٢] .

فإن تعلق ناصر القول القديم بنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الإعمار والإرقاب ، قيل له : هـٰذا محمول علىٰ طريق المشورة ، وحاصله لا تعمروا ، وأنتم تبنون الأمر علىٰ أن الموهوب يزجع عليكم ، واعلموا أن سبيله الميراث .

التفريع على القولين :

٥٨٤٤ـ إن حكمنا بفساد الهبة ، فلا كلام ، وهي لاغية ، وملك الواهب باقٍ ، وإن اتصل بالإقباض .

وإن حكمنا بأن الهبة صحيحة ، فالأصح أن ما في اللفظ من التعرض للتخصيص بالعمر باطل ، والهبة مؤبدةٌ ، والملك مسترسل على الورثة إذا مات المتَّهِب المُعْمَر .

وحاصل هـٰذا القول يرجع إلىٰ تصحيح الهبة وإبطال مقتضى اللفظ في تضمين التخصيص والتأقيت ، والمعتمد فيه الخبر ؛ فإنه صلى الله عليه وسلم قال : « **فسبيله الميراث** » .

٥٨٤٥ـ وللشافعي قولٌ في القديم : إن الهبة تصح ، وتقتضي الملك متقيداً بحياة المتَّهب ، وإذا مات ، رجع إلى الواهب .

وهـٰذا وإن كان مشهوراً ، فهو مختلٌّ جداً ؛ فإن المعتمد الخبرُ ، ومقتضاه طرد الملك على الورثة .

---

(١) حديث : « العمرىٰ ميراث لأهلها » رواه مسلم عن جابر وأبي هريرة : الهبات، باب العمرى، ٣/١٢٤٨، ح١٦٢٥ ، ١٦٢٦ . وأحمد عن سمرة : ٥/٨ ، ١٣ ، ٢٢ . وعنه أيضاً الترمذي : الأحكام، باب ما جاء في العمرى، ٣/ ٦٢٣، ح١٣٤٩ . وابن حبان عن زيد بن ثابت بنحوه : ٧/ ٢٩٢ حديث : ٥١١٠ . وانظر التلخيص : ٣/ ١٥٦ ح ١٣٥٨ .

(٢) حديث «لا تعمروا ، ولا ترقبوا. . .» رواه الشافعي : ٢/ ١٦٨ (السندي) وأبو داود : البيوع، باب من قال فيه ولعقبه ٣/ ٢٩٣، ح ٣٥٥٦ . والنسائي : العمرى، باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر جابر في العمرى ٦/ ٢٧٣، ح ٣٧٣١ . والبيهقي في الكبرىٰ : ٦/ ١٧٥ ومعرفة السنن والآثار : ٩/ ٥٨، ح ١٢٣٤٤ (كلهم من حديث جابر) . وانظر التلخيص :٣/ ١٥٦، ح ١٣٥٩ .

ثم تفريع القديم على الجديد لا يحسن في نظم المذهب ، والأحسن أن نقول : في المسألة **ثلاثة أقوال** : **أحدها** ـ وهو المنصوص عليه في **الجديد** أن الهبة تصح ، ويطّرد الملك على الورثة ، ولا مبالاة فيما في اللفظ من معنى الإشعار بتخصيص الملك بعُمر المتهب .

والقول الثاني ـ أن الهبة تفسد .

والقول الثالث ـ أنها تصح ، والملك مقصور علىٰ عُمر المتهب . وهـٰذان القولان نص عليهما في **القديم** ، وكل ما ذكرناه فيه إذا قال : أعمرتك هـٰذه الدار ، أو وهبتك هـٰذه الدار عمرك .

٥٨٤٦ـ ووراء هـٰذه الصورة **صورتان** : **إحداهما** ـ أن يقول : أعمرتك ما بقيتَ ، فإذا متَّ ، فلورثتك .

والأخرىٰ ـ أن يقول : فإذا متَّ ، انصرف إليَّ الموهوب ملكاً . فإن قال : وهبتك عمرك ، والموهوب [بعدك][1] لورثتك ، فالهبة صحيحة ، لا خلاف في صحتها ، ويستوي في الحكم بالصحة **الجديدُ** ، **والقديمُ** ؛ فإنه صريح بتأبيد الملك ، وتثبيته علىٰ حكم الاطراد .

ي ٢٢٨ فأما إذا قال : وهبتك عمرَك ، فإذا متَّ ، رجع إليّ الملك في الموهوب/ ، فلا شك أن هـٰذا باطل على المذهب **القديم** ، إذا رأينا إبطال الإعمار المطلَق ، فإن رأينا في الترتيب **القديم** تصحيحَ العُمرىٰ ، وتخصيصَ الملك بعمر المتَّهِب ، فالهبة صحيحة ، علىٰ هـٰذه القضية ، والملك فيها مقصور علىٰ عمر المتَّهب . وهـٰذا التقييد عند هـٰذا القائل تصريحٌ بما يقتضيه مطلق الإعمار .

فأما إذا فرعنا على القول **الجديد** ، وقلنا : الإعمار المطلق صحيحٌ ، والملك مسترسل على الورثة ، وما في اللفظ من معنى التخصيص باطل .

فإذا جرى اللفظ مقيداً بالرجوع إلى الواهب ، ففي المسألة **وجهان** : **أحدهما** ـ أن هـٰذا يبطل لما فيه من التصريح بالتأقيت . وهـٰذا القائل يقول : الإعمار المطلق

(١) زيادة من (د١) ، (ت٣) .

لا تأقيت فيه ؛ فإنه إذا ذكر الملك في عمر المتهب ، فقد تناهىٰ في تأبيد الملك ؛ فإن أقصىٰ ما يمتد فيه ملك المالك عمرُه . ثم إذا ثبت هـٰذا ، فالإرث بعد انقضاء العمر فرعُ هـٰذا المقتضَىٰ . ولم يجر له ذكرٌ بنفيٍ ولا إثبات . فهـٰذا وجه .

والوجه الثاني ـ أن الهبة لا تفسد ؛ فإن ما صرح بهِ من التأقيت هو مقتضى الإعمار المطلق ، فإذا ثبت أن الهبة تصح بلفظ الإعمار ، فينبغي أن تصح ، وإن قُيِّدت بالتأقيت ، فالشرط إذاً باطل ، والهبة صحيحة .

٥٨٤٧ـ ومما يتصل بتفصيل المسائل أنه إذا قال : وهبتك عُمْرَ زيدٍ، وذكر رجلاً غيرَ المتَّهِب ، أو قال : وهبتك عمري ، أو ما بقيتُ ، والتفريع على **الجديد** ، وقد تبين ميله إلى التصحيح ، فالمذهب الظاهر أن الهبة تفسد ؛ فإنها ما أضيفت إلىٰ عمر المتَّهب ، حتىٰ يقال : تقديرها ملكتك علىٰ أقصىٰ ما يتصور ملكك ، واللفظ حائد عن اللفظ المعهود [في الباب][1] ، ومعتمد التصحيح الخبرُ ، وهو محمولٌ على الصيغة المعروفة .

وذكر **الشيخ والعراقيون** وجهاً آخر : أن الهبة تصح على **الجديد** ، ويفسد التأقيت .

ولم يصر أحد ممن يُحتفل به إلى الحكم بالصحة ، مع الوفاء بموجب الشرط ، حتىٰ يقال : يثبت الملك مختصاً بالعمر المذكور ، حتىٰ إذا مات زيدٌ ، الذي ذكر عمرَه قبل موت المتَّهب يرجع الملك إلى الواهب المُعْمِر ، ولـٰكن يتأبد الملك بعد موته للمتهب ، ثم لورثته بعده ، فيؤول الخلاف إلىٰ أن الشرط الفاسد هل يُفسد الهبةَ أم يُطّرح الشرط ، ويحكم بصحة الهبة مؤبدةً علىٰ خلاف الشرط ؟

٥٨٤٨ـ ولو قال : وهبت منك داري هـٰذه سنةً ، أو يوماً ،فهـٰذا خارج على الخلاف الذي ذكرناه ؛ إذ لا فرق بين تقييد الملك بعمر غير المتهب ، وبين تقييده بالوقت الصريح ، فيخرَّجُ على **الجديد وجهان** : **أحدهما** ـ أن الهبة فاسدة ، وما جاء به إعارةٌ بلفظٍ فاسد .

---

(١) ساقط من الأصل .

ش ٢٢٨ **والوجه الثاني** ـ أن الشرط محذوف ، والهبة في نفسها متبعة/ علىٰ حكم التمليك المؤبد .

٥٨٤٩ـ وينشأ من هـٰذا المنتهىٰ جريان الخلاف في تصحيح الهبة ، وإبطال الشرط الفاسد ، ثم خصص بعض أصحابنا هـٰذا الخلافَ فيما يتعلق بالوقت .

وقال قائلون : كل شرطٍ فاسد مذكورٍ في عقد الهبة ، فهو خارج على الاختلاف ، حتىٰ نقول في وجهٍ : يفسد الشرط ، وتصح الهبة علىٰ موجب الشرع ، حتىٰ لو قال وهبت منك عبدي هـٰذا علىٰ [ألا تبيعه][1] إذا قبضته ، ولا تتصرف فيه ، أو ما جرىٰ هـٰذا المجرىٰ ، فهـٰذه الشرائط منحذفة ، والملك حاصلٌ للمتَّهِب .

وهـٰذا القائل يفصل بين الهبة وبين البيع ، ويقول : الشرائط التي تذكر في البيع تُصيِّر الثمن ـ الذي هو ركن البيع ـ مجهولاً ، وجهالة الثمن تُفسد البيع ، ولا عوض في الهبة .

فهـٰذا وإن نقله الأئمةُ حَيْدٌ عظيم ، وإبعادٌ ظاهر ، وسببه تصحيح الإعمار ، وقد حكينا في كتاب البيع قولاً غريباً ، عن **صاحب التقريب** ، ردّده مراراً : أن الشرط الفاسد ينحذف في البيع ، ونحكم بصحة البيع ، (٢ وذلك غير معتدٍّ به من أصل المذهب . وليس ما حكيناه في الهبة ذلك القول ٢) ، وإنما هو محكي مع الفرق بين الهبة والبيع .

هـٰذا مجموع القول في العمرىٰ ، مع ما يتعلق بأطرافها .

٥٨٥٠ـ فأما القول في الرقبىٰ فنذكر لفظها ، وما كان يريده من يُطلقه ، ثم نذكر حكمَ الشرع علىٰ ترتيبنا في العمرىٰ .

فلفظ **الرُّقبىٰ** أن يقول : وهبت داري هـٰذه علىٰ أنك إن متّ قبلي ، رجعت إليّ ، فإن متُّ قبلك ، استقر ملكُك .

وسُمِّي هـٰذا النوعُ رقبىٰ ؛ لأن كلّ واحد منهما يرقب موت صاحبه ، فالمتّهِب يرقب

---

(١) في الأصل : أن تبيعه .

(٢) مابين القوسين ساقط من (د١) ، (ت٣) .

موتَ المُرقِب ليستقر ملكه ، والمُرقِب ينتظر موت المتَّهِب ليرجع الملك إليه .

هـٰذا بيان اللفظ ومعناه عند أهله .

٥٨٥١ـ والحكم فيه إلحاقُ هـٰذا اللفظ بما إذا قال : أعمرتك ، أو وهبتك عمرك ، وإذا مت ، رجع إليّ ، وقد ذكرنا في هـٰذه الصورة طريقين للأصحاب . وقوله : فإن مت ، استقر لك الملك لا يتضمن مزيد فساد ، ولا يؤثر أصلاً ، وإنما النظرُ إلىٰ تصريحه برجوع الملك في الموهوب إليه عند تقدير موت المتّهِب في حياته .

فهـٰذا تفصيل القول في العمرىٰ [والرقبىٰ][1] .

٥٨٥٢ـ ووراء ما ذكرناه فرعٌ نذكره ينتجز به مقصود الباب .

وهو أنه إذا قال : أعمرتك داري هـٰذه ، أو وهبتكها عمرك ، وقلنا : تصح الهبة ، ويثبت الملك متقيداً بعمر المتَّهِب ، فلو مات المُعْمِر الواهب قبل موت المتَّهِب ، فلو قدرنا رجوع الملك ، فكان يرجع إلىٰ ورثة المعمر . وهـٰذا/ فيه استبعاد؛ من جهة أنه ٢٢٩ ي ثبوت ملكٍ للورثة ابتداء فيما لم يملكه الموروث في حياته ، ولـٰكن ما يقتضيه قياس هـٰذا القول أنه يرجع إلىٰ ورثته بحكم شرطه ، ويكون كما لو نصب شبكة في حياته وتعقَّل بها صيدٌ بعد موته ، فالملك يحصل في الصيد للورثة .

والصحيح أنه تركة تُقضىٰ منه الديون والوصايا ، فإن حمل [حامل][2] حصولَ الملك للورثة علىٰ حصول الملك لهم في الشبكة ، كان ذلك غيرَ صحيح ؛ إذ لا يمتنع فرضُ تسبب قوي يقصد مثله من غير تقدير ملك ، وذلك بأن يحتفر حفيرة علىٰ مدارج الصيود، ولا يَقصد تملكها[3] ، فالصيد الواقع فيها للورثة ، ولا ملك لهم في الحفيرة.

وقد يتكلف متكلف فيقول : صار الحافر أولىٰ بالحفيرة من غيره ، وهـٰذا الحق

---

(١) ساقطة من الأصل .

(٢) ساقطة من الأصل .

(٣) تملكها : الضمير يعود إلى الحفيرة ، لا إلى الصيود ، كما قد يتوهّم ، وذكر الحفيرة غير المملوكة مثالاً للسبب ، حيث يردّ قول من قال : إن الملك يحصل للورثة لملكهم الشبكة ، فأراهم أن الصيود يحصل ملك الورثة فيها بحفيرة غير مملوكة .

ينزل إلىٰ ورثته . والذي عليه التعويل ما قدمناه من كون الصيد من جملة التركة .

٥٨٥٣ـ ومما يتعلق باستقصاء الكلام في ذلك أنا إذا أثبتنا الملكَ للمتَّهب ، وقيدناه بعمره ، فلو باع ما ملكه ، ثم مات ، والعين مبيعة ، فهـٰذا فيه احتمال ظاهر : يجوز أن يقال : لا ينفذ بيعُه ؛ فإن مقتضى البيع ـ إذا صح ـ التأبيدُ ، وهـٰذا لا يسعه الملك المؤقت ، وليس له أن يملّك غيرَه ما لا يملكه في نفسه . فإذن له الانتفاع ، وله وطء الجارية التي جرى الإعمار فيها ، وليس له أن يبيع .

ويجوز أن يقال : بيعه نافذ محمول على التأبيد الذي يقتضيه البيع ، وهو بمثابة ما لو علَّق عتقَ عبده بمجيء الغد ، ثم إنه لم يجر بيعه قبل الوقت الذي هو متعلق العتق ، فالبيع ينفذ ، ويتعطل العتقُ ، وتعليقُه . ولو لم ينفذ البيع في مثل الإعمار ، لما كنا مثبتين للمتَّهِب ملكاً .

٥٨٥٤ـ ولعل الأصح منعُ صحة البيع ؛ فإن من علق عتق عبده لا يقال : تأقت ملكه ، بل ملكه على التأبد الذي كان . والتعليق مشروط بألا يتقدم علىٰ وجود الصفة ما يتضمن دفعَ العتق عند وجود الصفة . والملكُ مؤقت في عمر الإنسان إذا فرّعنا على القول الذي انتهينا إليه .

وإذا خرج أصلٌ عن قانون القياس ، فكلما كثرت الفروع ، ازداد الفرعُ بعداً .

* * *

[باب عطية الرجل ولده](١)

٥٨٥٥ـ الأصل أن الهبة إذا صحت وأفادت ملكاً عند القبض ، فالملك يطرد ولا يتطرق إليه إمكان القبض ؛ فإن الملك يتم ، ويتسلط المتّهِب علىٰ سائر جهات التصرفات ، ومبنى الهبة علىٰ أنها/ إذا اقتضت ملكاً ، انقطعت فيها علائق العقود ؛ إذ لا يتطرق إليها ردٌّ بعيب ، ولا تفاسخٌ على الرضا علىٰ موجب الإقالة في البيع ، فالذي يقتضيه الأصل ألا يرجع واهبٌ فيما وهب ، غير أنا(٢) نثبت للأب الرجوع فيما وهبه لولده . ٢٢٩ ش

والأصل في الباب ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « **لا يحل لواهب أن يرجع في هبته إلا الوالد فيما وهب لولده** »(٣) وروىٰ **الشافعي** حديثَ النعمان بن بشير إذ رآه رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعه غلام ، فقال : « **أنَّىٰ لك هـٰذا ؟** » فذكر أن أباه بشيراً أنحله إياه ، فقال صلى الله عليه وسلم لبشير : « **أنحلت سائر ولدك مثل هـٰذا ؟** » فقال : لا . فقال صلى الله عليه وسلم : « **أيسرُّك أن يكونوا في البر إليك سواء** » ، فقال : نعم ، قال : « **فارجعه** » . وروي « **فاردده** »(٤) . فثبت أن رجوع الواهب فيما وهب لولده في حكم المخصوص بتخصيص رسول الله صلى الله عليه وسلم .

ثم الكلام يتعلق **بثلاثة فصول** : **أحدها** ـ فيمن يثبت له حق الرجوع .

والثاني ـ في وقت الرجوع .

والثالث ـ فيما يقع الرجوع به .

---

(١) في الأصل : فصل . واخترنا هـٰذا لما سيأتي قريباً من تفصيله هـٰذا الباب إلىٰ ثلاثة فصول .

(٢) (د١) : لا نثبت .

(٣) سبق تخريج هـٰذا الحديث آنفاً .

(٤) حديث النعمان بن بشير متفق عليه بنحو هـٰذا اللفظ (اللؤلؤ والمرجان : ٣٩٨، ح ١٠٤٨ ، ١٠٤٩) .

[الفصل الأول][(١)]

٥٨٥٦ـ فأما القول فيمن يرجع ، فحاصل ما ذكره الأصحاب **أربعة أوجه** : **أحدها ـ** أن الرجوع يختص بالوالد إذا وَهَب من ولد صلبه ، ولا يثبت للأم ، ولا للأجداد والجدات .

ومعتمد هٰذا الوجهِ ، ما مهدناه من خروج الرجوع عن القياس ، ووجوب اتباع النص وقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم : « **لا يحل لواهبٍ أن يرجع فيما وهب إلا الوالد** » ، فخصص الرجوع بالوالد ، فيجب اختصاصه به .

٥٨٥٧ـ والوجه الثاني ـ أن الأم تَشْرك الأبَ في الرجوع إذا وَهَبت ؛ فإنها في معناه ، والولد ولدهما ، وانتسابه إلى الأب ظاهر ، واتصاله بالأم من جهة الولادة مستيقنٌ .

ثم هٰذا القائل يقول : حق الرجوع [لا يعدوهما إلى الأجداد والجدات ، ووجه هٰذا الوجه أن الوالد يثبت حق الرجوع][(٢)] له بالنص ، والتحقت الأم به التحاق الجارية بالعبد في قوله صلى الله عليه وسلم : « **من أعتق شِرْكاً له في عبد قُوّم عليه** »[(٣)] .

٥٨٥٨ـ والوجه الثالث ـ أن حق الرجوع يثبت للأصول فيما وهبوا لفصولهم ، ولا فرق بين الأبوين وبين الأجداد والجدات ، وبين من يلي منهم ، وبين من لا يلي ، وبين من يرث ، وبين من لا يرث .

وهٰذا القائل ينحو بهٰذا الحق نحو القصاص ؛ فإنه لا يجب علىٰ أصلٍ بقَتْل من ينتمي إليه بجهة الولادة بدرجة ، أو درجات .

٥٨٥٩ـ والوجه الرابع ـ أن حق الرجوع يثبت للأب ، ولكل أصلٍ يتصور أن يكون

---

(١) العنوان من عمل المحقق ، رعايةً لتقسيم المؤلف .

(٢) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .

(٣) حديث من أعتق شركاً له في عبد. . . متفق عليه (اللؤلؤ والمرجان : ٣٦٤ ، ٤١٢، ح ٩٥٨ ، ١٠٨٢) .

له ولاية على الذي وَهَب منه بالقرابة . فهٰذا إذن يختص بالوالد ، والأجداد المتّصلين به إذا كانوا ورثة/ ، وصاحب هٰذا لا يخصص حقَّ الرجوع بحال قيام الولاية ؛ فإن الهبة قد تكون من الابن[1] البالغ الرشيد، وقد يكون الأب أو الجد فاسقين غيرَ صالحين للولاية ، فلا نظر إلىٰ ثبوت الولاية وتحققها ، وإنما النظر إلىٰ كون الواهب صالحاً للولاية على الموهوب منه على الجملة إذا تجمعت الأسباب التي تقتضي قيامَ الولاية .

٢٣٠ ي

٥٨٦٠ـ ولا شك أن الأولاد لا يرجعون فيما وَهبوا لأصولهم . ومن يقع علىٰ جانبٍ من عمود النسب لا يرجع إذا وَهَب وأقبض . وكذلك القول في الأجنبي إذا وهب وأبرم هبته بالقبض .

فهٰذا تمام المقصود فيمن يملك الرجوع ، وفيمن لا يملكه .

والفصل الثاني

معقود في الأوقات التي يثبت فيها الرجوع .

٥٨٦١ـ فنقول : إن بقي المتهب ، وبقيت العين الموهوبة ، واستمر الملك المستفاد بالهبة ، فيثبت حق الرجوع ، ثم إن كانت العين الموهوبة غيرَ متغيرة عن صفتها الثابتة لها حالةَ القبض ، فلا كلام .

وإن تغيرت صفتها بنقصانٍ وعيب ، فللواهب الرجوع فيها ، علىٰ ما هي عليها من الصفات ، ولا رجوع له بأرش النقص ؛ فإن العين الموهوبة لو تلفت ، لم يجد الواهب رجوعاً بشيء إجماعاً ، فنقصان الصفة يؤخذ من المأخذ الذي يُتلقَّىٰ منه فوات الموصوف .

٥٨٦٢ـ وإن زادت العينُ الموهوبة ، لم تخل الزيادة إما أن تكون متصلة وإما أن تكون منفصلة ، فإن كانت منفصلة ، فهي متروكة على المتهب مُبقَّاة علىٰ ملكه ، لا رجوع فيها ، وحق الرجوع ثابت في العين الموهوبة .

---

(١) واضح أن قوله : « من الابن » معناه للابن .

٥٨٦٣ـ وإن كانت الزيادة متصلة ككبر الغلام ، وإرقال[١] الوديّ ، وسِمَنِ الهزيل ، وما في معانيها ، فهـٰذه الزيادات لا أثر لها ، وحق الرجوع قائم في العين علىٰ ما هي عليه . ثم إذا رجع في العين تبعتها الزوائد المتصلة ، وهـٰذا قياس الأصول .

ولا أثر للزيادة [المتصلة][٢] إلا في الصداق عند تطليق الزوج زوجته قبل المسيس ، علىٰ ما سيأتي شرح ذلك في كتاب الصداق، إن شاء الله عز وجل.

٥٨٦٤ـ ولو وهب جارية حبلىٰ ، وبقيت ، كذلك إلىٰ أن رجع ، فالجارية تنقلب إلى الراجع حاملاً ، كما خرجت [في][٣] الهبة والإقباض عن ملكه حاملاً .

وإن كانت حائلاً عند الإقباض ، فعلقت ، وولدت قبل الرجوع ، فالولد متروك على المتَّهِب ، وحق الرجوع مختص بالأم .

ش ٢٣٠ وإن كانت حاملاً عند القبض ، ووضعت قبل الرجوع/ ، أو كانت حائلاً عند القبض ، وعلقت بمولود رقيق ، واتفق الرجوع قبل وضع الحمل ، ففي الطريقين **قولان** : وقد قدمنا تحقيق ذلك ونظيرَه في الرهون والبياعات ، ومسائل التفليس ، وكل ما ذكرناه إذا اطرد الشرطان: **أحدهما** ـ بقاء المتَّهِب ، **والآخر** ـ اطراد الملك المستفاد بالهبة .

٥٨٦٥ـ فإن مات المتهب ، وخلفه ورثته ، فلا رجوع بعد موت المتَّهِب إجماعاً ؛ فإن الملك تحوّل إلى الورثة ، وإنما يثبت الرجوع على الموهوب منه ، وهـٰذا يعارضه أن الواهب لو مات ، سقط حقه من الرجوع ، ولم يخلفه الورثة ، ولم يقوموا مقامه . هـٰذا منتهىٰ ما أردناه .

٥٨٦٦ـ وأما اطراد الملك المستفاد من الهبة ، فالتفصيل فيه أن ملك المتهب لو زال عن رقبة الموهوب ، فلا رجوع على المتهب ، إذا كان لا يصادف العينَ الموهوبة في

---

(١) إرقال الودي : أرقل النخل طال ، والودِيّ والوَدْيُ : صغار الفسيل ، فالمعنىٰ : كنموّ الفسائل ، حتىٰ تصير نخيلاً (الزاهر ، والمعجم) .
(٢) في الأصل : المفصلة .
(٣) زيادة من (د١) ، (ت٣) .

ملكه ؛ فإن مما يجب القطع به أن حق الرجوع لا يتعلق إلا بعين الموهوب ، [فلو][1] زال ملك المتهب زوالاً ، لا يتحقق عوده مثل أن يَعتِق العبدُ الموهوب ، فقد انقطع حق الرجوع بالكلية .

ولو استولد الجارية الموهوبة ، كان الاستيلاد فيها بمثابة العتق ؛ فإن المستولدة في حكم المستهلكة .

٥٨٦٧ـ ولو زال ملك المتهب عن الموهوب ببيع أو هبة ، ثم عاد ، فهل يثبت للواهب الرجوع ؟ فعلىٰ وجهين : **أحدهما ـ** أنه يرجع لمصادفة العين الموهوبة ملكاً ، بحيث يتصور التصرف فيه .

والثاني ـ أنه لا يرجع ؛ لأن الملك المستفاد بالهبة قد زال ، وهـٰذا ملكٌ جديد ، وقد ذكرنا استقصاء القول في ذلك في كتاب التفليس .

٥٨٦٨ـ ولو كان وهب عصيراً ، فاستحال خمراً ، ثم عادت الخمر خلاً ، فلا خلاف أن الواهب يرجع ، وما تخلل من زوال الملك لا اعتبار به ، وسبب القطع بما ذكرناه أن ما تخلل في حكم العارض ، فإذا زال ، قُدّر كأن لم يكن ، والملك على الخل هو الملك الذي كان على العصير ، وإنما يختلف الأصحاب إذا زال الملك ، ثم حدث عن جهةٍ أخرىٰ .

٥٨٦٩ـ ولو ارتد المتَّهِب ، ثم عاد إلى الإسلام ، فإن قلنا : الردة لا تزيل الملك ، فلا أثر لها ، وإن قلنا : إنها تزيل الملك ، فإذا عاد المتّهِب مسلماً ، فالمذهب الأصح أن الرجوع يثبت للواهب وجهاً واحداً ، قياساً على انقلاب العصير خمراً ، ثم انقلابها خلاً .

ومن أصحابنا من يُلحق مسألة/ الردة بصور الخلاف ، ويقول : هي بمثابة ما لو زال ملك المتهب ، ثم عاد بهبةٍ أو غيرها من الجهات الضرورية ، أو الاختيارية . ٢٣١ ي

٥٨٧٠ـ ومما يجب الاعتناء بدركه تفصيلُ القول في العوارض التي لا تتضمن زوال

---

(١) في الأصل : ولو .

الملك ، ولكنها تتضمّن الحجر ، كالرهن المبرم بالقبض ، والكتابة[(١)] الصحيحة ، فلا شك أن الراهن يمتنع عليه التصرف في المرهون علىٰ حسب ما كان يتصرف من قبل ، وكذلك القول في الكتابة ، ولكن الملك قائم فيهما .

٥٨٧١ـ فنقول : أما إذا رهن المتّهِب العبدَ الموهوب ، وأقبض ، فنتكلم في استمرار الرهن. **أولاً** : قال علماؤنا : قد ذكرنا **وجهين** في أن هبة المرهون على التقدير الذي أوضحناه من قبلُ هل تصح ؟ فإن حكمنا ببطلان هبة المرهون ، وهو المذهب والقياس ، فلا يصح الرجوع من الواهب مع استمرار الرهن .

وإن قلنا : هبة المرهون تصح ، فلو رجع الواهب في المرهون ، صح رجوعه .

ثم ليس المعنيُّ بصحة الرجوع أن الواهب يتسلط على الرهن بالإبطال ، فلا سبيل إلىٰ إبطال حق المرتهن ، ولكن فائدة تصحيح الرجوع حملُ الأمر على الوقف ، فإن مست الحاجة إلىٰ بيع الرهن في دين المرتهن بيعَ فيه ، وتبيّن بطلان الرجوع ، وإن انفك الرهن، تبيّنا أن الرجوع صح ، واكتفينا بما [جرىٰ][(٢)] من الرجوع حالة استمرار الرهن ، ولم نحوج الواهب إلىٰ تجديد الرجوع ، هٰذا فائدة تصحيح الرجوع في استمرار الرهن .

٥٨٧٢ـ ولو بيع الرهن ، فلا مطمع في إثبات حق الرجوع للواهب [بقيمة][(٣)] الموهوب على المتهب ؛ فإنه برهنه تصرف في ملكه ، ولا معترض عليه ، فلئن أراد الراجع الرجوع بعد لزوم الرهن ، فرجوعه موقوف علىٰ إمكان الاسترداد ، فإذا لم يتفق التمكن منه ، فلا معترض على المتهب ، وليس المتهب علىٰ عهدة وعلقة ضمانٍ بسبب الرجوع من الواهب .

٥٨٧٣ـ وإن قلنا : لا يملك الواهب الرجوع في العين المرهونة، فإذا انفك الرهن ، فالذي يجب القطع به أنه يرجع الآن ؛ فإن الملك لم يتحول ، وليس ملك

---

(١) الكتابة الصحيحة : يريد مكاتبة السيد عبده .
(٢) في الأصل : جاء .
(٣) في الأصل : في قيمة الموهوب .

المتهب بعد انفكاك الرهن ملكاً جديداً ، فكان بمثابة انقلاب العصير ، وانقلاب الخمر ، بل ما ذكرناه في الرهن أوضح ؛ لأن ملك المتهب كان [دائباً][(١)] دائماً على العين المرهونة ، وإنما طرأ حجرٌ ، ثم زال ، ولو استحال العصير الموهوب خمراً ، لم تكن الخمر مملوكة ، ثم لما انقلبت خلاً ، ثبت الملك ، (٢ ثم قضينا/ بثبوت حق الرجوع ؛ مَصيراً إلىٰ أن ملك الخمر سببه ملك ٢) العصير . وغلط بعضُ الأصحاب فقال : إذا قلنا : لا يرجع الواهب في استمرار الرهن ، فلو انفك الرهن ، ففي ثبوت حق الرجوع **وجهان** مرتبان على الوجهين فيه إذا زال الملك [عن][(٣)] الموهوب وعاد .

٢٣١ ش

ولعل هـٰذا القائل يظن فرقاً؛ من جهة أن التصرف بالرهن ، ثم السعي في الفك يتعلق بالاختيار ، بخلاف الانقلاب الجاري في العصير .

وهـٰذا [عري][(٤)] عن التحصيل ، فلا [يقعن][(٥)] به اعتداد ، مع القطع بأن الملك بعد الانفكاك ـ ملكَ الهبة[(٦)] ـ لم ينقطع . هـٰذا قولنا في الرهن .

٥٨٧٤ـ فإما إذا كاتب المتهبُ العبدَ الموهوب ، كتابةً صحيحة ، فالمذهب منعُ بيع المكاتب ، فعلىٰ هـٰذا يمتنع الرجوع . وليس يخرّج إمكان الرجوع إلا على التردد الذي ذكرناه في أثناء الرجوع في المرهون ، علىٰ تأويل التوقف والانتظار ، حتىٰ إذا عجز المكاتَب ، أو عجَّز نفسه ، فيتبيّن أن الرجوع صحيح . وهـٰذا علىٰ نهاية البعد . وما عندي أن من يجوّز هبة المرهون على انتظار الانفكاك يجوّز هبة المكاتب إذا منعنا بيعه ؛ فإن الملك في المرهون غيرُ ناقصٍ ، ولـٰكن الراهن محجور عليه ، والملك في المكاتب ناقص .

---

(١) دائباً : أي ملازماً مستمراً ، وقد حرّفت في الأصل إلىٰ (دابيا) وسقطت من (د١) ، (ت٣) .
(٢) ما بين القوسين سقط من (د١) .
(٣) في الأصل ، بين ، وفي (د١) ، (ت٣) : علىٰ .
(٤) في الأصل : يجري .
(٥) في الأصل : يقص .
(٦) « ملك الهبة » بدل من قوله : « الملك » ، و « لم ينقطع » خبر لقوله : « بأن الملك » ، فالمعنىٰ : مع العلم بأن ملك الهبة ـ بعد انفكاك الرهن عنها ـ لم ينقطع .

٥٨٧٥- وإن جوزنا بيع المكاتب علىٰ قولٍ بعيد ، فالبيع فيه لا يتضمن نقض الكتابة ويؤول [فائدته][١] إلىٰ نزول المشتري منزلة البائع في قبض نجوم الكتابة واستحقاقِها ، فالبيع وارد على الرقبة والفائدة عائدة إلى النجوم ، فعلىٰ هـٰذا التأويل لوْ أراد الواهب الرجوع ، تطرق الاحتمال إليه ، من جهة أنه في التحقيق راجع في النجوم ويمكن أن يقال : يصح رجوعه نظراً إلىٰ مورد [النجوم][٢] ، وهو الرقبة .

٥٨٧٦- ولو عجّز المكاتب نفسه وانقلب رقيقاً ، وقد قدرنا صحة القول بالرجوع ، وقع الاكتفاء بالرجوع السابق ، كما ذكرناه في [المرهون][٣] .

٥٨٧٧- ولو آجر المتهب العبدَ الموهوبَ ، فإن قلنا : المستأجَر يباع ، فيصح من الواهب الرجوع في عينه ، والإجارة باقية إلىٰ منتهىٰ مدتها .

ولو قلت : لا يصح بيع المستأجر ، وصححنا الرجوع في المرهون ، علىٰ تقدير التوقف وانتظار ما يكون ، فيصح الرجوع في العين المكراة ، ولا حاجة إلىٰ تقدير [التوقف][٤] وليس إلا تمكين المستأجِر من استيفاء حقه من المنافع ، وملك الراجع مستقر في رقبة المستأجَر ، وإن منعنا الرجوع في [المرهون][٥] ، أمكن أن نتردد في الرجوع في المستأجَر ، لاطّراد الملك/ فيه ، واختصاص حق المستأجِر بالمنافع . ي ٢٣٢

٥٨٧٨- ويخرّج علىٰ هـٰذا تردد فيه إذا وهب عبداً وأقبضه ، ثم أبق من يد المتهب ، فرجع الواهب في دوام الإباق ، ففي صحة رجوعه احتمالٌ ظاهر ، وإن كنا نقطع علىٰ هـٰذا الطريق بإبطال هبة العبد الآبق ؛ فإن الهبة تمليك ، فيجوز أن تستدعي قدرة [المالك][٦] على التسليم ، والرجوعُ وإن كان تملكاً جديداً ، فهو جارٍ علىٰ مذهب

---

(١) في الأصل : حرّفت إلىٰ (فالدّية) .
(٢) في الأصل : الرجوع .
(٣) في الأصل : الرهون .
(٤) في الأصل : الوقف .
(٥) في النسخ الثلاث : « الملك » وهـٰذا تقدير منا نرجو أن يكون صواباً .
(٦) في الأصل : المستأجَر .

البناء ، ولا يتوقف عَوْدُ ملك الراجع [علىٰ][1] قبضه ما رجع فيه وحصول الملك في ابتداء الهبة يتوقف علىٰ إقباضِ الواهب .

فهٰذا منتهى القول في الأحوال التي تطرأ على الموهوب فيما يتعلق بحق رجوع الواهب .

فأما/

الفصل الثالث

فمضمونه ما يقع الرجوع به من الألفاظ والتصرفات .

٥٨٧٩ـ فأما الألفاظ ، فكل ما يعطي معنى الرجوع ، فهو جارٍ صحيحٌ ، فإذا قال : رجعت فيما وهبت أو استرجعته ، أو نقضتُ ملكك فيه ، أو رددته إلىٰ ملكي ، فكل ذلك رجوع .

٥٨٨٠ـ فأما إذا أقدم الواهب علىٰ تصرفٍ يستدعي ملكَ المتصرف فيه ، كالبيع والعتق ، فحاصل المذهب **أوجه** : **أحدها** ـ أن البيعَ والعتق ينفذان من الراجع ، ويتبين انقلابُ الملك إليه قُبَيْل نفوذ التصرف .

ومن أصحابنا من قال : لا ينفذ البيعُ والعتقُ . وهو الأصح ؛ فإن ملك المتَّهِب تامٌّ ، فلا يجوز الهجومُ على التصرف فيه من غير تقديم الرجوع .

والوجه الثالث ـ أن العتق ينفذ متضمناً للرجوع ، والبيعُ لا ينفذ، والفرق بينهما اختصاص العتق بسلطان النفوذ عن البيع .

٥٨٨١ـ ولو وطىء الواهب الجارية الموهوبةَ ، فلا شك في تحريم الوطء ، وإن قصد به الرجوع ؛ لاستحالة إباحة وطء الجارية لشخصين . ولا خلاف أن المتهب يستبيح وطأها قبل الرجوع ؛ فتجويز الإقدام على الوطء في حق الواهب محال . ولٰكن إذا جرى الوطء حراماً ، فالمذهب أنه لا يصح الرجوع به ؛ فإنه تصرفٌ ممنوع ، وليس

(١) في الأصل : إلىٰ .

كالبيع والعتقِ ، إذا جعلناهما رجوعاً ؛ فإنا نسوِّغ الإقدام عليهما .

وأبعد بعض أصحابنا فجعل الوطء رجوعاً ، كما أنه يقع فسخاً من البائع في زمان الخيار ، والأصح أنه لا يكون رجوعاً .

ثم إذا اتصل بالوطء الإعلاق ، فالذي يظهر عندنا القطعُ به أن الاستيلاد لا يكون رجوعاً . فإن حكمنا به لأن نفوذ استيلاد الأب لا يتخصص بالجارية/ الموهوبة ؛ بل هو جارٍ في كل جارية قِنَّةٍ للابن . فإذا كان حصول الملك بهٰذه الجهة لا يختص بالجارية الموهوبة ، وتقدير الرجوع فيها ، فلا[1] أثر له في الرجوع . ش ٢٣٢

وفيه احتمالٌ علىٰ بُعْد .

ثم من يقدر الاستيلاد رجوعاً ، ففائدته أنه يثبت الاستيلاد ، ولا يغرم قيمة الجارية للموهوب منه ، وهٰذا إذا لم نجعل عين الوطء رجوعاً . فإن جعلناه رجوعاً ، لم يخف الحكم ، ثم إن قلنا : الوطءُ ليس رجوعاً ، وقدرنا الاستيلاد على الاحتمال البعيد رجوعاً ، فالوطء السابق المتقدم [على العلوق][2] يصادف ملك المتهب ، فيتعلق به المهرُ ، كما يتعلق بوطء الإنسان جاريةَ غيره .

وقد انتهىٰ غرضُ الفصول ، وضبط الأصول ، ونحن نُتبعها علىٰ عادتنا بفروعٍ .

فَرْعٌ : ٥٨٨٢ـ إذا وهب من ولده شيئاً ، [فوهبه][3] الولدُ من ولده[4] ، وأقبض ، فالمذهب الصحيح أن الجدّ لو أراد الرجوعَ ، لم يجد إليه سبيلاً ، إلا أن يعود الموهوب إلىٰ ملك الواهب ، فيجري الخلاف الممهد .

وأبعد بعض أصحابنا فجوّز للجد الرجوعَ على الحافد ، تفريعاً على الأصح في أن الجد يرجع رجوعَ الأب . وهٰذا القائل يقول : لو وهب من حافده ابتداءً ، لرجع ، فليكن الأمر كذلك ، وإن لم تصدر الهبة منه في حق الحافد . وهٰذا ليس بشيءٍ ، ولٰكن **أورده العراقيون** ، وغيرهم ، من نقلة المذهب .

---

(١) جواب شرط ، لقوله : فإن حكمنا به .

(٢) ساقط من الأصل .

(٣) في النسخ الثلاث : فوهب . والمثبت تقدير منا ، رعاية لاستقامة المعنىٰ .

(٤) (د١) ، (ت٣) : « والده » . وهو سبق قلم من الناسخ .

فَرْعٌ : **٥٨٨٣ـ** إذا أفلس المتَّهب ، وأحاطت به الديون والعين الموهوبة قائمة ، فهل يثبت للواهب الرجوع ؟ فعلىٰ **وجهين** مشهورين : **أحدهما ـ** أنه يرجع ويستردها ملكاً ، كما يرجع البائع إذا أفلس المشتري بالثمن ، وليس طريان الإفلاس بمثابة طريان الرّهن من الموهوب منه ؛ فإن ذلك تصرّفٌ من قبله في ملكه تضمَّن حجراً عليه ، وإثباتَ حقٍّ للمرتهن ، بخلاف الإفلاس ، والدليل عليه أن المشتري لو رهن ما اشتراه ، لم يملك البائع الرجوع منه ، ولو أفلس ، كان البائع أولىٰ بالرجوع في عين المبيع من سائر الغرماء .

والوجه الثاني ـ أنه لا يثبت الرجوع للواهب ، لتعلق حق الغرماء بالعين الموهوبة ، [وليس رجوع الواهب كرجوع البائع ؛ فإن للبائع تعلقاً بالبيع ، لمكان الثمن ، ولا حق للواهب في العين الموهوبة][١] . ورجوعه ابتداء تملُّكٍ أثبته الشارع علىٰ خلاف القياس ، وشرطه ألا يتعلق به حق متأكد لغير المتهب .

فَصْلٌ

مشتملٌ على الهبة العرية عن الثواب والهبة المشتملة عليه

٥٨٨٤ـ فنقول : الهبة تنقسم **ثلاثة أقسام** : **أحدها ـ** هبةٌ مقيّدة بإسقاط الثواب .

والأخرىٰ هبة مطلقة لا تعرّض فيها لثبوت الثواب ، ولا بسقوطه .

والأخرىٰ هبة مقيدة بشرط الثواب .

٥٨٨٥ـ فأما الهبة المقيدة بنفي الثواب ، فهي التبرع المحض وفاقاً/ ، ولا ثواب للواهب ، مع التصريح بالنفي . ٢٣٣ ي

٥٨٨٦ـ وأما الهبة المطلقة ، فقد أجمعوا علىٰ أن هبة الكبير ذي الدرجة ممن هو دونه[٢] لا تقتضي ثواباً ؛ فإن اللفظ لا يقتضيه ، وحكم العرف والعادة لا يقتضيه ؛ فإن الكبير لا يستثيب من الصغير .

---

(١) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .

(٢) واضح أن المقصود إعطاء الكبير لمن هو دونه .

فأما إذا وهب الرجل ممن هو أكبر منه ، وأطلق الهبة ، ففي المسألة **قولان** : **أحدهما** ـ أنه لا يثبت الثواب في مطلق الهبة ؛ لأن لفظ الهبة مصرِّحٌ بالتبرع ، وهو مناقض لاقتضاء العوض .

والقول الثاني ـ أنه يثبت الثواب حملاً لذلك على العرف الجاري بين الناس ، والعرف نازل منزلة التقييد باللفظ .

ولو دارت الهبة بين قرينين متساويين في الدرجة ، أو متدانيين ، فقد ذكر **العراقيون** أن الهبة لا تقتضي ثواباً بين الأقران والأمثال ، كما لا تقتضيه [إذا كان الواهب][1] أعلىٰ درجة من المتهب .

والذي ذكره **المراوزة** أن هـٰذا يلتحق بهبة الرجل الصغير القدر من الرفيع الدرجة ؛ فإن الأقران يغلب فيهم طلب الثواب إذا تهادَوْا ، والذي اختاره **المراوزة** أمثل .

٥٨٨٧ـ ولم يفصل أحدٌ من أصحابنا بين أن يقول الواهب : وهبت [أو][2] تبرعت ، وبين أن يقول : ملكتك هـٰذا . والهبة تصح بلفظ التمليك ، وكان لا يبعد الفصل بين اللفظين ، وإلحاق لفظ الهبة والتبرع بما يتقيد بنفي الثواب ، بخلاف لفظ التمليك ، والاحتمالُ في الفصل بين اللفظين ظاهر ، وسيتبيّن بالتفريع .

فإن قلنا : لا يثبت الثواب في الهبة المطلقة ، فلا كلام .

٥٨٨٨ـ وإن حكمنا بأن الثواب يثبت ، ففي قدره **أقوال** ذكرها الأئمة بطرقٍ[3] مختلفة : **أحدها** ـ أن الثواب ينبغي أن يكون علىٰ قدر قيمة الموهوب . وهـٰذا أقصد المذاهب وأقربُها من الضبط ، ووجهه بيّن ؛ فإنه إذا لم يجر لمقدار الثواب ذكرٌ ، ولا بد من ضبطٍ يقف عنده ، فأقرب معتبر قيمة الموهوب .

والقول الثاني ـ أنه إن استمسك المتَّهِب بالموهوب، تعين عليه أن يُرضي الواهب ، ولا موقف إلا عند رضاه .

---

(١) سقط من الأصل .
(٢) في الأصل : (و) .
(٣) في الأصل : في طرقٍ .

وقد روي : « **أن أعرابياً وَهب لرسول الله صلى الله عليه وسلم بعيراً ، فأثابه عليه بعيرَيْن ، فلم يرض ، فزاده رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فلم يرض حتىٰ آذىٰ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم ، ثم قال : عزمت ألا أقبل الهدية إلا من قرشي** »[1] .

وهـٰذا القائل يقول : بناء ثبوت الثواب على العادة ، ولم تجر العادة برضا الواهب بقدر قيمة الموهوب ؛ فإنه لو حاول ذلك ، تمكن من الوصول إليه بالبيع ، ثم لا ضبطَ وراء ذلك إلا طلب رضا الواهب ، غير أنه إذا أبىٰ ، وكان لا يرضىٰ ، فللموهوب منه ردُّ الموهوب ، وللواهب الاسترداد قهراً ، وهـٰذا يدرأ سؤال من يقول : قد لا يرضى الواهب إلا بمالٍ عظيم/ القدر ، فيقال : وجهُ دفع ذلك ردُّ الموهوب . ٢٣٣ ش

القول الثالث ـ أنه يقع[2] الاكتفاء بأدنىٰ ما يتمول ؛ إذ لا تقدير ، وليس في العادة أيضاً ضبطٌ ، ولا وجه لتعليق الأمر بالرضا ، فنجعل كأن الثوابَ مطلق وننزله علىٰ أقل الدرجات .

والقول الرابع ـ أنه يُرجع في هـٰذا إلى العادة ، فكل ما يعدّ ثواباً ، وإن كان أنقصَ قيمةً من الموهوب ، وجب على الواهب الاكتفاءُ به . وهـٰذا القائل لا يرضىٰ بالأقل ، ولا يتبع رضا الواهب ، ولا يعتبر القيمة ، بل يقول : كل ما يتساهل الناس في مثله في باب الثواب ، تعيّن قبوله ، ووجب الاكتفاء به .

وهـٰذه الأقوال لا تُلفىٰ منصوصة ، وأنا أراها أوجهاً من أجوبة **ابن سريج** ، وليس يخلو كلام **الشافعي** عن الإشعار بمعظمها .

التفريع : ٥٨٨٩ـ إن قدرنا الثواب بمبلغ قيمة الموهوب ، فلو أراد المتَّهِب أن يرد الموهوبَ في عينه ، فهـٰذا فيه احتمال ، ويتجه جدّاً أن يقال : يتعين الثواب ؛ فإنه

---

(١) حديث : « أن أعرابياً وهب لرسول الله صلى الله عليه وسلم. . . » رواه أحمد : ١/ ٢٩٥ ، وابن حبان في صحيحه : ٨/ ١٠٠ ، ح٦٣٤٩ ، ٦٣٥٠ كلاهما عن ابن عباس . وهو أيضاً عن أبي هريرة ، عند أبي داود : البيوع، باب في قبول الهدايا، ٣/ ٢٩٠ ، ح ٣٥٣٧، والترمذي: المناقب، باب في ثقيف وبني حنيفة، ٥/ ٦٨٦ ، ح٣٩٤٥، والنسائي : العمرى، باب عطية المرأة بغير زوجها، ٦/ ٢٧٩ ، ح ٣٧٥٩. وانظر التلخيص : ٣/ ١٥٨ ح ١٣٦٥ .

(٢) (د١) : « لا يقع » . وهو وهم من الناسخ .

مضبوط، ويظهر أيضاً جواز أن يتسلط على الردّ، حتىٰ يقال: لا قرار للهبة إلا بأن يتفق بذلُ الثواب. وإذا رأينا لزوم الهبة ، فلو أراد أن يردّ الموهوبَ ثواباً ، فهـٰذا فيه احتمال .

والأوجه ألا يجوز ؛ فإنّ هـٰذا ليس معتاداً في الثواب ، [وتحويمنا][1] في أصل الثواب ، وتفصيله على العادة ، ولا خلاف أنه إذا أراد الثواب ، لم يتعين عليه جنسٌ من الأجناس .

وإن فرّعنا علىٰ طلب الرضا ، تخيّر الواهب والموهوب جميعاً ؛ فهـٰذه هبةٌ جرى القبض فيها ، والخيار ثابتٌ في نقضها من الطرفين ، وسبب ذلك تطرّق الثواب إلى الهبة وخروجُها عن حقيقة التبرع المحض .

وإن رأينا الاكتفاء بأقل ما يتمول ، ففي تخير الواهب احتمال ظاهر ، وإذا أثاب بقدر قيمة الموهوب ، فلا خيار للواهب علىٰ هـٰذا الوجه الذي انتهينا إليه .

وإن فرعنا على اتباع العادة في قدر الثواب ، ولم نجزم قولَنا بلزوم قدر القيمة ، فإن أثاب بقدر القيمة ، فلا خيار ، وإن أثاب بما ينقص عن قيمة الموهوب ، ولـٰكن يُعتاد مثلُه ثواباً ، فالظاهر أنه لا خيار ، وإن جرىٰ نزاعٌ في حكم العرف، رفع الأمر إلى الحاكم ، ورجع إلىٰ أرباب العرف .

فهـٰذا منتهىٰ ما أردناه الآن في الهبة المطلقة .

٥٨٩٠ـ فأما **القسم الثالث** ـ وهو تقييد الهبة بالثواب ، فلا يخلو الثواب إما أن يكون مقدراً ، وإما أن يكون مبهماً .

فإن كان مُقدراً ، فالأصح الصحةُ . وذكر بعضُ الأصحاب قولاً في الفساد؛ بناءً علىٰ أن الهبة المطلقة لا تقتضي الثوابَ ، ومصيراً إلىٰ أن الجمع بين الهبة وبين إلزام الثواب تناقضٌ . وهـٰذا وإن كان متجهاً بعض الاتجاه ، فهو غريب في الحكاية .

ي ٢٣٤ وإذا صححنا وأثبتنا الثواب/ فقد اختلف أصحابنا في أن ذلك : هبةٌ أو بيعٌ ؟ فذهب **المحققون** إلىٰ أنه بيعٌ في جميع أحكامه ، ولا يتوقف ثبوت الملك على الإقباض ، ويتعلق به عُهَدُ البيع ، واستحقاقُ الشفعة .

---

(١) في الأصل : وتحويمها .

ومن أصحابنا من قال : هو علىٰ حكم الهبة ، حتىٰ لا يلزم إلا بالإقباض ، ولا تثبت الشفعة فيه .

وهـٰذا بعيدٌ جداً ، ذكره **بعض المصنفين** ، ورمز إليه **صاحب التقريب** وغيره . ولو صح ، فلا حيلة في دفع الشفعة أوقعُ[1] منها ، فإن معظم الحيل المذكورة في دفع الشفعة تتضمن خطراً علىٰ من يتمسك به ، كما قررناه في آخر الشفعة . وهـٰذا لا خطر فيه . هـٰذا إذا كان الثواب مُقدَّراً .

٥٨٩١ـ فأما إذا كان الثواب مجهولاً ، غير مقدر ، فقد اختلف ترتيب الأئمة ، فقال قائلون : إن حكمنا بأن مطلق الهبة لا يقتضي ثواباً ، فذكر الثواب المجهول يُفسد الهبة ، وفي ذكر الثواب المعلوم خلافٌ ، كما قدمناه . وإن قلنا : يثبت الثواب في الهبة المطلقة ، فإذا ذكر من غير تقدير ، صحت الهبة ؛ فإنّ ذكره كذلك يضاهي حكمَ الإطلاق ، والتصريح بما يقتضيه مطلق العقد غيرُ ضائرٍ .

[و][2] قال **العراقيون** لو ذكر ثواباً معلوماً ، ففي صحة الهبة خلاف ، [ولو][3] ذكره مجهولاً ، صح ؛ تفريعاً علىٰ أن الهبة المطلقة تقتضي ثواباً .

فجعلوا إعلام الثواب حيث انتهى الكلام إليه أولىٰ باقتضاء الفساد ، وعللوا ذلك بأن إعلامه إخراجُ الهبة عن حيّز بابها ، وإلحاقٌ لها بالبيع المحض ، وعقد البيع المحض بلفظ الهبة فاسدٌ . فأما الثواب المبهم ، فلا يليق بالمعتاد في الهبة .

وقالوا : لما كان التأبيد لائقاً بمقصود النكاح مع الجهل بمنقرض العمر ، كان هـٰذا النوع من الجهل شرطاً في صحة النكاح . هـٰذا ترتيبٌ .

وقال قائلون : إعلام الثواب أولىٰ بالتصحيح . وإن ذكر الثواب مجهولاً ، فهو أولىٰ بالفساد ؛ لأنه لو أُطلق احتُمل الجهل في التوقّع ، وإذا ذكر ، فقد ألحق بالأعواض ، فيجب الوفاء بشرط العوض .

---

(١) يشير إلىٰ ما جرىٰ عليه بعض الفقهاء من تقدير صورٍ يفترضونها ، تمكّن المشتري من دفع الشفعة عما اشتراه ، حتىٰ يخلص له ، ويستقر في يده .

(٢) ساقطة من الأصل .

(٣) في الأصل : وفي ذكره .

وهـٰذا له وجه . وما ذكره **العراقيون** أفقه .

فَرْعٌ : ٥٨٩٢ـ قال العراقيون : إذا صحت هبةٌ بثواب وسلم المتّهب الثواب إلى الواهب ، فوجد به عيباً . قالوا : له ردّه . فإذا ردّه ، استرد الموهوب بعينه ، إن كان باقياً ، وإن كان تالفاً ، ذكروا فيه **وجهين** : **أحدهما ـ** أنه لا يرد العوض ، ولا حقَّ له أصلاً ؛ فإن الموهوب إذا تلف ، بطلت الحقوق فيه ، وانقطعت العلائق . والدليل عليه أن الأب إذا وهب لولده شيئاً ، وسلمه ، فتلف في يده لم يملك الرجوعَ وتغريمَه القيمة .

والوجه الثاني ـ أنه يرد الثوابَ ، ويسترد قيمة الموهوب .

وهـٰذا الذي ذكروه[1] كلامٌ مختلط ؛ فإنهم إن فرضوا هـٰذا في الهبة المطلقة ، أو في هبةٍ ذُكر فيها ثواب مطلق مجهول ، فلا يقع الثواب معيّناً ، بل يقع في ذمة المتهب ، وسبيل ما وقع في الذمة إذا/ صادف القابض به عيباً أن يُستبدل ، فأما أن يُردّ وتُسترد العين ، فلا معنىٰ له . وهـٰذا بيّن لا خفاء به ، ولا اتجاه لما ذكروه إلا في الثواب المعين . ولو فرض تعيين الثواب ، خرج هـٰذا علىٰ ما قدّمناه من أن الهبة تلتحق بالبيع المحض ، فإذا التحقت به ، فلا معنىٰ لذكر الخلاف عند تلف الموهوب ، بل يجب القطع بالرجوع إلى القيمة عند تلف الموهوب . ش ٢٣٤

وما ذكره الأصحاب في المسلك البعيد ، من افتقار الهبة إلى القبض في إفادة الملك مع ذكر العوض المقدّر ، أو المعيّن بعيدٌ ، ثم إنما ذكر الأصحاب الخلاف في هـٰذا الحكم ؛ فإن القبض من خصائص الهبة وفي الشفعة[2] ، فإنها لا تثبت إلا في المعاوضات المحضة ، فإن تعدىٰ متعدٍّ هـٰذين الحكمين ، وطرد الخلاف الذي ذكره **العراقيون** في تلف الموهوب ، كان في نهاية البعد ؛ فإن من طلب عوضاً وقدّره ، استحال أن يسقط تبعيّةً في أحكام الأعواض ، هـٰذا لا سبيل إلى احتماله ، ولا مساغ له أصلاً .

---

(١) في (د١) : ذكره .
(٢) كذا في النسخ الثلاث : « وفي الشفعة » ولعل الأولىٰ : « والشفعة » بدون (في) .

٥٨٩٣ـ وقد رأيت لبعض الأصحاب تردداً في أن الأب إذا وهب من ابنه بثواب قدّره ، فهل يملك الرجوع في الهبة ؟ هـٰذا يخرّج علىٰ أن المعاملة بيعٌ ، أو هبةٌ ؟ فإن قلنا : إنها بيعٌ ، فلا رجوع . وإن قلنا : فيها معنى الهبة ، فالرجوع محتمل ، ثم إن رجع في الموهوب ، ردّ العوض .

وهـٰذا وإن كان بعيداً ، فله اتجاه علىٰ حال ، وأما ما ذكره **العراقيون** ، فلا وجه له أصلاً كيفما فرضنا الهبة .

فَرْعٌ : ٥٨٩٤ـ إذا وهب حلياً من ذهب أو فضة، وثبت في الهبة ثواب مطلق، علىٰ [ما تقدّم][١]، فمادام المجلس جامعاً، فله أن يُثيبه[٢] نقداً ، بحيث لا يؤدي إلى الربا.

فإن كان المبذول أقلَّ ، أو أكثر ،فهـٰذا فيه احتمال ظاهر ، خارجٌ علىٰ ما ذكرناه ، من أن حقيقة الأعواض هل تثبت ؟ والذي مال إليه معظم الأصحاب ، وقطع به **العراقيون** : أنه يجب محاذرة صورة الربا ؛ فإن الثواب علىٰ كل حالٍ عوضُ الموهوب ، ويحتمل عندنا علىٰ بعدٍ خلافُ ذلك . والظاهر ما ذكروه .

ووجه الاحتمال أن باذل الثواب في حكم واهبٍ جديد ، وكأنه يقابل هبةً بهبة ، ولولا ذلك، لبطلت حقيقة الهبة .

٥٨٩٥ـ ولا خلاف أن الثواب إذا لم يجر له ذكر ، أو جرىٰ ذكره مطلقاً مجهولاً ، فالملك في الموهوب موقوف على الإقباض ، وإنما التردد في الثواب المقدّر ، أو المعين .

وهـٰذا يتطرق إليه خلل ، من أنا لا نشترط في الثواب لفظ [الثواب][٣] وإجراءَ الإيجاب والقبول ، وعن هـٰذا لزم ظهور ما ذكر **العراقيون**[٤] ، حتىٰ لا يُعتدَّ بغيره من المذهب .

---

(١) (د١) ، (ت٣) : تقرر .
(٢) في النسخ الثلاث : يثبته . وهو تحريف ظاهر . وانظر فتح العزيز : ٦/ ٣٣٢ .
(٣) في الأصل : الهبة . وعبارة الرافعي التي نقلها عن إمامنا : « أنا لا نشترط في الثواب لفظ العقد إيجاباً وقبولاً » (ر . فتح العزيز : ٦/ ٣٣٣) .
(٤) ما ذكر العراقيون : أي آنفاً من وجوب محاذرة صورة الربا .

٥٨٩٦ـ ومما ذكروه أنه إن فارق المجلس ، فإن أثابه عَرْضاً ، أو ثوباً ، جاز . وإن أثابه نقداً ، لم يجز ؛ فإنه يكون صَرْفاً ، ومن شرط الصرف تقابض العوضين في المجلس/ ، وهـٰذا الذي ذكروه حسنٌ ، وفيه من طريق المباحثة الاحتمال البعيد . والله أعلم . ي ٢٣٥

فَرْعٌ : **٥٨٩٧ـ** إذا وهب [شيئاً][1] مطلقاً ، وحكمنا بأن مطلقَها يقتضي الثوابَ ، ونزّلنا الثواب علىٰ مقدار القيمة ، فعلىٰ هـٰذا لو قبض الموهوب ، فزادت في يده زيادة متصلة ، أو نقصت ، فالاعتبار بأية قيمة ؟

ذكر **صاحب التقريب** تفصيل الزيادة والنقصان .

فنبدأ بالزيادة ، ونفرض ارتفاع القيمة بسببها ، قال **صاحب التقريب** : في المسألة وجهان : **أحدهما** ـ أنا نعتبر قيمة يوم القبض ؛ فإن وفىٰ به المتَّهِب ، فقد خرج عما عليه .

والوجه الثاني ـ أنا نعتبر قيمة الموهوب يوم بذل الثواب ؛ فإن بذلها ، خرج عن العهدة ، وإلا كان الثواب قائماً ، ولا خلاف أن الزيادة بعد بذل القيمة لا حكم لها . هـٰذا حكم الزيادة .

أما إذا قبض الموهوب ، ونقص في يده بعيبٍ طرأ ، ففي المسألة **الوجهان** في أن الاعتبار بقيمة يوم القبض ، أو بقيمة يوم بذل الثواب ؟ ولـٰكن إن اعتبرنا قيمةَ يوم بذل الثواب ، وهـٰذا أضعف الوجهين هاهنا ؛ لأن فيه بخساً ، وإجحافاً بالواهب ، فلا كلام .

وإن اعتبرنا قيمة يوم القبض ، فإن بذلها المتَّهب ، فلا كلام ، وإن امتنع ، وَرَدَّ الموهوبَ ، فقد ذكرنا في هـٰذا المقام تردُّداً في الرَّد ، وجرىٰ **صاحب التقريب** على الرد ، فإن رد الموهوب ، فهل يغرم أرش النقص ؟ فعلىٰ **وجهين** ذكرهما **صاحب التقريب** : **أحدهما** ـ أنه يغرَم أرش النقص .

والثاني ـ لا يغرم ؛ فإن الهبة ليست عقد ضمان ، وهـٰذا التفريع يُنبه علىٰ حقائق الأصول .

---

(١) ساقطة من الأصل .

فصل(١)

٥٨٩٨ـ قد ذكرنا أن للأب الرجوعَ فيما وهب لولده ، ونحن نقول : لا يستحب للإنسان أن يخص بعضَ أولاده بنِحلةٍ ؛ فإن ذلك قد يكون سبباً لقطيعة الرحم ، وقد يحمل المحروم علىٰ خلاف البر .

وإذا استحسنا التسوية فيهم ، فقد ذكر **شيخي وجهين** في الابن والبنت : **أحدهما** ـ أنا نرعىٰ في الاستحباب التسوية بينهما .

والثاني ـ أنا نجعل النحلة علىٰ نسبة الميراث : للذكر مثل حظ الأنثيين .

وقد ذكر **العراقيون** هـٰذين المذهبين عن السلف ، ولم يجعلوهما وجهين للأصحاب .

والجملة أن المرعيَّ في هـٰذا طلبُ الرضا ، والأمر يقرب مأخذه فيما يتعلق بالاستحباب .

٥٨٩٩ـ ومما ذكره **الشيخ أبو علي في شرح التلخيص** أن **ابن سريج** ذكر وجهاً أن الأب إنما يملكُ الرجوع إذا نوىٰ بهبته استجلابَ مزيدٍ في البر ، أو دفعَ عقوق ، فإذا لم يحصِّل غرضَه ؛ فيرجع إذ ذاك ، فأما إذا أطلق الهبة ، ولم يقصد هـٰذا ، فلا رجوع له .

وهـٰذا خرمٌ عظيم ، وخروج عن المذهب ، ولهـٰذا لم أذكره في سياق فصول رجوع الوالد فيما وهب .

فَرْعٌ : **٥٩٠٠ـ** إذا ملّك الرجل رجلاً شيئاً ، وأقبضه/ إياه ، ثم اختلفا ، فقال القابض : اتهبتُه ، ووهبتنيه ، وقال المقبض: قد بعتُه منك بكذا ، وسلمته إليك مبيعاً ، والثمن عليك ؟ ذكر **صاحب التقريب قولين** : **أحدهما** ـ أن القول قول المتَّهِب؛ فإنهما اتفقا علىٰ ملكه ، والمُقبض يدّعي عليه عوضاً ، والأصل براءة ذمته منه ، فقد ٢٣٥ ش

(١) (د١) ، (ت٣) : فرع مكان (فصل) .

ثبت الملك وفاقاً وآل الخلاف إلى ادعاء شغل الذمة ، والأصل براءتها .

والقول الثاني ـ أنه لا يثبت الملك مجاناً ؛ فإن القول قول المالك في سبيل إزالة الملك ، فيتحالفان ، وينفي كل واحدٍ منهما بيمينه ما ادعاه صاحبه .

ثم حكم التحالف انتفاء الهبة ، وانتفاء العوض المدّعىٰ ، ونتيجة ذلك ردُّ العين إلى المقبض .

وهـٰذا يلتفت علىٰ تعذر[1] عوض العين . واليأس منه في الحال .

٥٩٠١ـ وما أطلقه هـٰذا القائل من التحالف ليس علىٰ قياس التحالف المذكور في اختلاف المتبايعين في مقدار الثمن علىٰ ما تفصّل [المذهب][2] فيه ؛ فإن كل واحد من المتداعيين في هـٰذه المسألة يحلّف صاحبه علىٰ نفي ما يدعيه عليه ، فإن حلف المقبض علىٰ نفي الهبة ، وحلف القابض علىٰ نفي الثمن ، كان سبيل رد العين على المقبض بعد إقراره بأنه قد ملّك القابضَ العينَ ، وسلّمها إليه قريباً من استرداد المبيع ممّن قبضه ، تفريعاً علىٰ أن البائع مأمور بتسليم المبيع أولاً ، إذا امتنع عن تأدية الثمن .

وقد ذكرنا نص **الشافعي** ، في ذلك في كتاب البيع ، وتصرُّفَ الأصحاب فيه ، ولعل الظاهر أنه ينفرد المسترد في مسألتنا بفسخ البيع . وإذا كان كذلك ، لم يتعرض له ، ولم يقل : افسخ البيع أولاً ، إذا كان الفسخ مما ينفرد به ، فيؤول ذلك إلى الحكم الواقع بين العبد وبين [ربه][3] .

فليتأمل الناظر هـٰذا الموضع .

وهـٰذا حُكْمُنا على الظاهر ، فإن كان مدعي البيع صادقاً في علم الله تعالىٰ ، فالحكم ما ذكرناه ظاهراً وباطناً ، وإن كان مدعي الهبة صادقاً ، فمدعي البيع ظالمٌ باسترداد العين ، والعين مبقّاة علىٰ ملك المتَّهب القابض باطناً .

وقد ذكرنا في تحالف المتبايعين قولاً : أن الحالف يجمع بين النفي والإثبات ،

---

(١) ساقطة من (د١) ، (ت٣) .

(٢) ساقطة من الأصل .

(٣) في الأصل : كلمة غير مقروءة ، رسمت هـٰكذا (دية) .

وذكرنا تفصيلاً فيمن نبدأ به ، وأوضحنا انفصال التحالف في ذلك الموضع عن غيره ، وهاهنا كل واحد يحلف على النفي ، والمدعي على الحقيقة ابتداء [هو الذي][1] يدعي البيع والثمنَ ، ثم صاحب اليد بعد ذلك ينتصب مدعياً .

هـٰذا منتهى القول في ذلك .

* * *

(١) في الأصل : والذي .



كتاب اللقطة

٥٩٠٢ـ الأصل في أحكام اللقَطة ما روي عن زيد بن [خالد][1] الجهني : « أن رجلاً أتىٰ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم ، فسأله عن اللقَطة ، فقال : **اعرف عِفاصها ووِكاءها ، ثم عرّفها سنة ، فإن جاء صاحبها ، وإلا فشأنك بها** . فقال السائل : ما تقول في ضوالّ الغنم يا رسول الله ؟ فقال : **هي لك/ ، أو لأخيك ، أو للذئب** ، فقال : ما تقول في ضوالّ الإبل ؟ قال : فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، حتى احمرَّت وجنتاه ، فقال : **مالَكَ ولها ، معها حذاؤها ، وسقاؤها ، ترد الماء ، وتأكل الشجر ؛ ذَرْها ، حتىٰ يلقاها ربُّها** » . ٢٣٦ ي

نقل **المزني** أول الحديث ، ثم عطف عليه ، وقال : وكذلك البغال ، والحمر كالإبل ، ولم يَجْرِ ذكر الإبل[2] .

٥٩٠٣ـ واتفق المسلمون علىٰ قاعدة الكتاب وإن اختلفوا في التفصيل ، والأصلُ أن من وجد لقطة في مضيعةٍ في دار الإسلام ، وأخذها ـ عليه أن يعرّفها سنة ، فإن جاء صاحبها في سنة التعريف ، فذاك ، وإلا فهو بالخيار بعدها بين أن يحفظها أمانةً علىٰ مالكها ، وبين أن يتملكها ، علىٰ شرط العوض ، تملُّك القروض .

وذهب **داود** إلىٰ أنه يتملكها ، ويغرَم عوضها .

٥٩٠٤ـ ثم إذا رام الملتقط التملكَ ، وكان التقاطُه علىٰ هـٰذا القصد ابتداءً ، فقد اختلف أصحابنا فيما يقع به ملك الملتقط في اللقطة : فذهب بعضهم إلىٰ أن الملك يحصل بنفس مضي السنة . وهـٰذا غريبٌ ضعيف .

---

(١) في نسخة الأصل وغيرها: «زيد بن أسلم» وهو وهمٌ توارد عليه النساخ، وسيذكره الإمام على الصواب بعد ذلك. والحديث متفق عليه . (ر . اللؤلؤ والمرجان : ٤٣٣، ح ١١٢٣) .

(٢) ولم يجر ذكر الإبل أي في الجزء الذي ذكره المزني من الحديث .

وقال بعضهم : يحصل الملك بانقضاء سنة التعريف ، وقصد التملك .

وقال بعضهم : لا بد من التلفظ بالتملك .

وقال بعضهم : لا بد من مضي السنة ، ولفظِ التملك ، والتصرفِ الذي يزيل الملك .

وهـٰذا يقرب من الخلاف المذكور في أن المستقرض هل يملك القرض بنفس الإقراض والقبض ، أم يتوقف حصول ملكه علىٰ تصرفٍ منه مزيل للملك ، (١) ثم يَبين أن الملك انتقل إليه قبيل التصرف ؟ فيه اختلافُ قولٍ، قدّمنا ذكره في أحكام القروض (١) .

ونحن نوجه هـٰذه الوجوه ، ثم نذكر حقائقها ، وما ينشأ منها : أما من صار إلىٰ أن مضي السنة يُثبت الملك ، فإنه يستدل بما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في بعض الروايات : « **فإن جاء صاحبها ، وإلا فهي لك** » .

ومن قال : إن الملك يحصل بالقصد ، تعلّق بالرواية المشهورة ، فإنه صلى الله عليه وسلم قال : « **فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها** » وهـٰذا ظاهر في التخيير بين التملك وتركِه .

ومن اعتبر اللفظ ، بناه على استبعاد التملك بمجرد النية .

ومن اعتبر التصرف ، خرّجه علىٰ قاعدة القرض ؛ فإن اللقطة تملّك ملك القروض .

هـٰذا بيان الأوجه ، وذِكرُ ما يستند إليه كل وجهٍ .

٥٩٠٥ـ ونحن نقول بعد ذلك : من زعم أن الملك يحصل بمضيّ سنة التعريف إنما يقول ذلك إذا لم يقصد الملتقط حفظَ اللقطة علىٰ مالكها ، فإن التقط علىٰ هـٰذا القصد وعرَّف لهـٰذا ، فلا شك أن مضيَّ السنة لا يثبت له الملك . وكذلك لو قصد بالالتقاط التملك ، ثم تغير قصدُه في آخر السنة ، فانقضت وهو علىٰ أن يحفظها لمالكها ، فالملك لا يحصل بانقضاء السنة .

---

(١) ما بين القوسين سقط من (د١) ، (ت٣) .

ولو التقط ولم/ يخطر له قصد التملك ، ولا قصد الحفظ علىٰ حكم الأمانة ، ٢٣٦ ش وعرّف سنة ، فالظاهر عندي أن الملك لا يحصل بانقضاء السنة علىٰ هـٰذا الوجه الذي نفرع عليه ، وكأن حقيقة هـٰذا الوجه تؤول إلىٰ أن قصد التملك في الابتداء هل يفيد الملك عند انقضاء [سنة][١] التعريف ، وللاحتمال مجال فيه ، إذا التقط مطلقاً ، ولم يضمر الأمانة ، ولا التملك .

ويمكن تخريج هـٰذا علىٰ أن الغالب على اللقطة الكسبُ ، أو الأمانة ؟ حتىٰ إن غلَّبنا الكسبَ ، حصَّلنا الملك بمضي السنة علىٰ هـٰذا الوجه ، إذا لم يقصد الأمانة ، ويكفي قصد الالتقاط على الإطلاق ، علىٰ هـٰذا القول .

هـٰذا بيان وجهٍ واحدٍ .

٥٩٠٦ـ فأما من شرط قصد التملك ، واكتفىٰ بالقصد ؛ فإنه لا يجعل للقصد المقترن بالالتقاط أثراً في الملك ؛ فإن الملتقِط وإن قصد التملك بعد السنة ، فاللقطة أمانة في يده إذا لم يتعدَّ ، ولو ثبت حكم القصد ، لكانت اللقطة مضمونة ضمان [الغصب ، والمأخوذ][٢] علىٰ سبيل السوم . والذي يحقق ذلك أن القصد هو الذي يتعلق بالمقصود في حاله ، وما يرتبط بمنتظرٍ عزمٍ ، وإذا عزم، فعليه الوفاء به إن أراد تحقيق المعزوم عليه . ومن الوفاء به أن يجزم قصد التملك في وقت إمكانه .

٥٩٠٧ـ ومن اعتبر اللفظ فسببه أن تملك ملك الغير من غير لفظ إذا لم يكن استيفاءً [لحقٍّ][٣] ، لم ينفرد باللفظ من غير تمليكٍ من مالك اللقطة ؛ إذ علىٰ هـٰذا ينبني[٤] الكتاب ، ومصلحة الباب ، فإذا شرطنا اللفظ بالتملك ، فباع اللقطة ، فهل يكفي البيع ؟ وهل ينزل منزلة لفظ التملك ؟ فيه وجهان مبنيان علىٰ الوجهين في أن من يثبت له حق الرجوع في الهبة لو باع الموهوبَ ، أو أعتقه ، فهل ينزل ذلك منزلة التصريح بالرجوع ، وفيه خلافٌ قدمناه .

---

(١) في الأصل : زمن .
(٢) عبارة الأصل : ضمان العين المأخوذة علىٰ سبيل السوم .
(٣) في الأصل : (بحق) و(د١) ، (ت٣) : الحق . والمثبت اختيار منا .
(٤) (د١) ، (ت٣) : مبنىٰ .

وإن كنا نكتفي بقصد التملك ، فباع ، فإن خطر له قصد التملك ، فهو المراد ، وإن باع ، ولم يخطر له قصد التملك ، وقد ينبني الأمر علىٰ بيعه مال غيره متعدياً ، فهـٰذا أيضاً يخرّج علىٰ **الوجهين** المذكورين الآن ، إذا اشترطنا التلفظ بالتملك .

٥٩٠٨ـ فأما اشتراط التصرف تخريجاً علىٰ أحد القولين في القرض ؛ فإنه يدور على الأوجه الثلاثة التي قدمناها ، فكأنا في وجه نقول : مضي السنة كالاستقراض، وفي وجهٍ نقول : قصد التمليك كالاستقراض ، وفي الثالث نقول : التلفظ بالتملّك بعد السنة كالاستقراض ، ثم في القرض إذا حصل فيه ما يشترط في تحقيق القرض قولان في أن الملك هل يفتقر إلى التصرف أم لا ؟ هـٰذا بيان الأوجه التي قدمناها ، توجيهاً ، وتحقيقاً ، وتفريعاً .

فَصْل

في أحكام الملتقِط/ عند اختلاف قصوده ، وفي حقيقة التعريف ومدته

ي ٢٣٧

٥٩٠٩ـ فنقول للملتقط قصودٌ : **أحدها** ـ أن يقصد بالالتقاط التعريفَ والتملكَ علىٰ مقتضى الشرع .

والثاني ـ أن يقصد حفظَ اللقطة علىٰ ربِّها إلىٰ أن يصادفه .

والثالث ـ أن يقصد تغييبَ اللقطة ، واختزالَها[1] ، وتَرْكَ تعريفها ، وتعجيلَ التبسط فيها .

٥٩١٠ـ فأما إذا قصد تعريفها ليتملكها بعد مدة التعريف ، فاللقطة في سنة التعريف أمانة في يده ، إذا تلفت ، لم يضمنها ، ما لم ينتسب إلىٰ عدوان ، وهل عليه الابتدار إلى التعريف كما[2] تمكن من التعريف ؟ فعلىٰ وجهين ذكرهما **الشيخ أبو علي** : **أحدهما** ـ أن الابتدار واجبٌ ، والتأخير مع التمكن عدوانٌ ، وذلك لأن العثور على

---

(١) اختزالها : خيانتها ، أي أخذها خيانة ، يقال : اختزل الوديعة : أي خانها (المصباح) .

(٢) «كما» : بمعنى عندما .

المالك يغلب علىٰ قربِ العهد بالضلال والالتقاط ، والتأخير سببٌ في التَّعْمية ، والتغييبُ ، وكَتْمُ اللقطة عدوان .

والوجه الثاني ـ أن التأخير لا يكون عدواناً إذا لم يقصر في الحفظ ، ولم يتعدَّ باستعمال اللقطة ، والشرط ألا يطمع في التملك إلا بعد تعريف اللقطة سنةً كاملة ، وسنعقد علىٰ أثر هـٰذا فصلاً في كيفية التعريف ، إن شاء الله عز وجل .

٥٩١١ـ فأما إذا قصد الملتقط حفظَ اللقطة علىٰ مالكها ، أمانةً حتىٰ يلقاها ربُّها ، فقد ذكر **الشيخ أبو علي وجهين** في أنه هل يجب أصل التعريف على الملتقط ؟ **أحد الوجهين** ـ أنه لا يجب ؛ فإن التعريف شرطٌ يتقدم علىٰ تملك اللقطة ، فإذا كان لا يبغي الملتقط التملكَ ، فلا معنىٰ لإلزامه التعريفَ .

والوجه الثاني ـ أنه يجب التعريف ؛ إذ في تركه كتمانُ اللقطة وسترُها ، وهـٰذا تسبب إلىٰ تَغْييبها ، للحيلولة بينها وبين مالكها .

وهـٰذا الذي ذكره هو الخلاف الذي قدمناه الآن في أن الابتدار إلى التعريف هل يجب ؟ فإنا إذا لم نوجب الابتدارَ إليه ، لم يكن[1] لذلك منتهىً وموقفاً ، ويؤول حاصل الكلام إلىٰ أنه إنما يعرّف ليتملك ، فإذا كان الذي يقصد الأمانةَ لا يطلب التملك ، فلا تعريف عليه .

٥٩١٢ـ فأما إذا قصد بالالتقاط الاختزالَ ، والخيانةَ ، وتعجيلَ التبسط ، فلا شك أن اللقطة مضمونةٌ عليه ؛ فإن الالتقاط أَخْذُ مال الغير من غير إذنٍ ، ولا ولاية ، فصرفه الشرعُ ؛ نظراً لحفظ الضوالّ ـ إلىٰ جهة الأمانة بالقصد الصحيح ، فإذا فسد القصد ، رجع أخذ مال الغير إلىٰ قاعدة الظلم ، فلو خطر له أن يعرّفها سنة ، فوفىٰ بما وقع له ، وأراد التملك بعد السنة ، فالذي قطع به **شيخي** أنه لا يتملك ؛ لأن أخذه الأول لم يكن علىٰ موجَب الشرع ، وإنما كان غصباً ، والغاصب لا يتوصّل إلىٰ ملك المغصوب منفرداً بنفسه .

---

(١) (د١) ، (ت٣) : يذكر .

وذكر **الشيخ أبو علي وجهين** في أنه هل يتملك إذا عرّف ، ووفىٰ بشرط التعريف : **أحدهما** ـ ما ذكرناه .

والثاني ـ أنه يتملك [لأن][1] الالتقاط منه علىٰ صورة الالتقاط ، ممن لا يقصد الخيانة ، وقد وفىٰ بالتعريف ، فالذي صدر منه مما يقتضي/ التملك على الجملة ، وهو من أهل التملك ، فيجب أن يسوغ له التملك .

ش ٢٣٧

٥٩١٣ـ ومما يتصل بذلك أنه إذا لم يقصد الاختزالَ عند ابتداء الالتقاط ، ويُثبت يدَه على اللقطة علىٰ حكم الأمانة أولاً ، ثم إنه أضمر بعد حصول اللقطة في يده ـ الخيانةَ ، فقد اختلف أئمتنا في أنه بنفس إضمار الخيانة هل يصير ضامناً ؟ فمنهم من قال : إنه يصير ضامناً ، كما لو نوى الخيانة مع الالتقاط ، ومنهم من قال : لا يصير ضامناً ، كما لو نوى المودَع أن يخون ويعتدي ، فإنه لا يصير بمجرد النية ضامناً ، وإن أضمر الخيانة .

ولو سلم المالكُ الوديعةَ إلى المودَع وائتمنه ، فنوى المودَع مع أخذ الوديعة الخيانة ، ففي وجوب الضمان عليه **وجهان** ، سيأتي ذكرهما ، في كتاب الوديعة، إن شاء الله عز وجل، فالترتيب في المؤتمن عن جهة المالك يجري على الضِّد مما ذكرناه في الملتقط ؛ فإنه لو اقترن قصدُ الخيانة بأخذ الملتقط ابتداء ، لصار ضامناً وجهاً واحداً ، وإذا لم يفسد قصده ابتداء ، وخبثت نيته علىٰ دوام الإمساك ، ففي المسألة **وجهان**، والقصد الفاسد إذا طرأ علىٰ دوام يد المودَع ، لم يوجب الضمان ، وإذا اقترن بابتداء أخْذه ، **فوجهان** . والفرق استبدادُ[2] الملتقط ، وصدورُ يد المودَع عن إذن المالك .

٥٩١٤ـ فإن قلنا : لا يصير الملتقط بالقصد الطارىء ضامناً ، فلا كلام .

وإن جعلناه ضامناً ، فلو استتم التعريف في مدته ، فهل يثبت له حق التملك ؟ فعلىٰ

---

(١) في الأصل : بأن .
(٢) (د١) ، (ت٣) : استقلال .

وجهين ذكرهما **الإمام**[١] وغيره ، وإن قطع بأن الملك لا يحصل إذا اقترن القصد الفاسد بالأخذ الأول .

فأمّا **الشيخ أبو علي** ، فإنه طرد ـ علىٰ وجه الضمان ـ الخلافَ الذي ذكره في الابتداء ، وفصل **شيخي** بين الابتداء والطريان ، وكان يستشهد **بنص الشافعي** في أحكام الرخصة ، فإنه قال : « لو اقترن بابتداء السفر قصدُ المعصية به ، فلا ترخّص ، ولو جرى السفر ابتداء علىٰ قصدٍ صحيح لا معصية فيه ، ثم طرأ قصدُ المعصية ، فالحكم للقصد الأول » .

وهـٰذا الذي ذكره من مشكلات المذهب في موضعه ، ولأجله اتجه **تخريج ابن سريج** في التسوية بين المعصية المقارنة ، والطارئة . ثم ما ذكره إنما يحسن في الفرق بين الابتداء وبين الطريان في تثبيت الضمان ونفيه ، كما ذكرناه .

٥٩١٥ـ ومما يتم به الغرض أنا إذا قلنا : لا تزول الأمانة بالقصد الطارىء ، فلو أحدث عدواناً فعلاً ، فلا شك أنه يصير ضامناً ، فلو وفىٰ ـ مع ثبوت الضمان وفاقاً ـ بحق التعريف ، ففي التملك **الوجهان** ، اللذان ذكرناهما .

فهـٰذا غاية ما أردناه في ذكر تفاصيل القصود .

٥٩١٦ـ ولو التقط مطلقاً ولم يُضمر خيانة ، ولا أمانة ، أو أضمر أحدهما ، ثم نسي ما أضمره ، فلا يثبت الضمان ، وإذا عرّف على الشرط ، ثبت له حق التملك . وهـٰذا متفق عليه .

فصل

معقود في معنى التعريف/ وكيفيته ، والقول في ذلك ببيان زمان التعريف ومكانه وكيفيته ٢٣٨ ي

٥٩١٧ـ فأما القول في الزمان ، فينبغي أن يحصل التعريف علىٰ تدانٍ من الأزمنة في ابتداء الأمر ، لما أشرنا إليه فيما سبق ، من أن طلب من أضل شيئاً يظهر ويكثر ، علىٰ

(١) الإمام : يعني به والده . وقد صرّح بذلك في زكاة الفطر . وهو يعبر عنه غالباً : بـ(شيخي) ، كما هو واضح على طول الكتاب .

قرب الزمان ، فيجب أن يكون الاعتناء بالتعريف في الزمان القريب أكثرَ ، لذلك ؛ فإن الغرض من التعريف التسبب إلىٰ إظهار مالك اللقطة . وإذا تمادى الزمان ، لم يضر أن يتقاصر قدرُ التعريف ، ويتخلل بين النُّوب فيه من الزمان ما يزيد على الابتداء ، ثم كذلك علىٰ هـٰذا التدريج إلى انقضاء السنة ، حتىٰ لو كان يعرّف في الابتداء في كل يومٍ فإذا انقضت أيامٌ ، فيعرّف في كل أسبوع ، ثم يعرف في كل شهر المرةَ والمرتين . والرجوع في ذلك إلى العادة ، والمطلوب منه ألا يتخلل بين [نوب][1] التعريف ما يُلحق سائرَ النوب فيه بالمنسي[2] ، حتىٰ يصير التعريف في كل نَوْبة كالمبتدأ ، فإذا غلب على الظن اتصالُ الذِّكر في نُوب التعريف ، فهو الغرض ، وذلك يختلف بالزمان الأول وما بعده ، إلى الانقضاء ، فلا بد من تأكيد التعريف بالتكرير على التقارب أولاً ، فإذا تأكد ذلك ، وشاع ، لم يتبين بالتطاول في المدد [المتخلّلة][3] وهـٰكذا إلى الانتهاء . وإذا لم يكن معنا ضبط شرعي نقف عنده ،فهـٰذا أقصى الإمكان في التقريب . وهو القول في الزمان .

٥٩١٨ـ فأما المكان فإن وجد اللقطةَ في مكان عامرٍ ، كالبلدة ، والقرية ، وكان لا يمتنع شهود مالك اللقطة في المكان أو عَوْدُه إليه بعد مفارقته إياه ، فينبغي أن يرتاد التعريف في مكان الوجدان ، إذا كان مطروقاً . وحسنٌ أن يرتاد التعريفَ علىٰ باب الجامع ، يومَ الجمعة ، فإن ذلك المجمع جامعُ الجماعات ، وإذا ظهر الغرض في مثل هـٰذا أغنىٰ عن التطويل .

٥٩١٩ـ ولو وجد اللقطة في برّيّةٍ وهو مارٌّ ، في سفره إلىٰ صوب بيته ، ولم يكن معه من يقدِّره مالكَ اللقطة ، فلو أخذ يعرّف في الصحارىٰ والمواضع الخالية ، فلا معنىٰ لهـٰذا التعريف ، وهو غير معتدٍّ به ؛ فإنه لا يفيد الغرضَ المقصودَ من التعريف ؛ فإن المقصود منه إظهار المالك ، وهـٰذا بعيد توقُّعه مع هـٰذا التعريف .

---

(١) في الأصل : « ثوب » وهـٰكذا في كل موضع وردت فيه . والمثبت من (د١) ، (ت٣) .
(٢) (د١) ، (ت٣) : بالمنشىء .
(٣) في الأصل المنحلة . وهو تحريف ظاهر .

٥٩٢٠ـ ثم من وجد لقطةً في طريقه ، وهو مسافر ، لم نكلفه أن يرجع عن صوب سفره حتىٰ يعرّف اللقطة في مكانه الذي أنشأ السفر [منه][(١)] ، بل يستتم سفره ، طال أم قصر . فإذا انتهىٰ إلىٰ مقصوده، ابتدأ التعريفَ فيه ، علىٰ ما ذكرناه ؛ فإنه لا يبعد مسير/ صاحب اللقطة إلىٰ تلك البلدة . وإن كان هـٰذا التعريف يبعد بعض البعد في إظهار المالك . فإذا كنا لا نجد طريقاً غيره ، اكتفينا به . ٢٣٨ ش

ولو بدا للمسافر أن يرجع ، ويقطع نيّته في منتهىٰ سفره ، فليعرّف في المكان الذي ينتهي إليه ، وإن بدا له أن يأخذ صوباً آخر ، فليعرّف حيث ينتهي إليه؛ فإن البقاعَ متساويةٌ في توقّع الظهور علىٰ مالك اللقطة .

ولو وجد اللقطة في بلدة ، ففارقها مسافراً وأخذ يعرّف في القرىٰ ، والبلاد التي ينتهي إليها ، فلا يكون ذلك تعريفاً منه ، وحق التعريف في مثل هـٰذه الصورة أن يتخصص بمكان الوجدان .

فلو أراد سفراً ، لم يسافر باللقطة ، واستناب في التعريف في مكان الوجدان نائباً والذي ذكرناه من استواء الأمكنة والبقاع في تعريفه فيه إذا وجد اللقطة في مكانٍ لا يفيد التعريف فيه .

٥٩٢١ـ ومما يتعلق بتمام البيان في ذلك أن الموالاة على الحدّ اللائق بمقصود التعريف ـ مشروطةٌ ، حتىٰ لو تقطعت ، وغلب على الظن أن النوبة السابقة قد نُسيت ، فلا يقع الاعتداد بما تقدم أصلاً .

٥٩٢٢ـ ولو أخر التعريف ، فقد ذكرنا في أنه هل يكون بتأخيره ضامناً ؟ فعلىٰ وجهين . فلو تمادى التأخير ، وأمكن أن يقال : نُسيت اللقطة في طول هـٰذا الزمان ، فهل يقع التعريف بعد ذلك ـ والحالة كما وصفناها ؟ فعلىٰ وجهين . والاحتمال فيهما ظاهر ، وتوجيههما بيّن .

ومن يصير إلى التعريف يقول : حق المعرّف أن يؤرخ وجدان اللقطة في تعريفه ،

---

(١) ساقطة من الأصل .

ويسنده إلى الوقت الذي اتفق فيه ، حتىٰ يكون ذلك في معارضة ما جرىٰ من التأخير المُنسي . وقد تساهل بعضُ الأصحاب في اشتراط ذلك ، ورآه من باب الأوْلىٰ ، وجوّز الاقتصار على التعريف المطلق .

هـٰذا بيان ما يتعلق بالمكان والزمان .

٥٩٢٣- ولا يخفىٰ أن ابتداء مدة التعريف من وقت [إنشائه ، لا من وقت][1] وجدان اللقطة . وما أجريناه في أثناء الكلام من تأخير التعريف ، والأمر بالبدار إليه يصرح بهـٰذا .

٥٩٢٤- وقد بقي علينا الكلام في كيفية التعريف ، فحقّ المعرِّف أن يصف اللقطةَ بعضَ الوصف ؛ فإن الضوالّ قد تكثر ، والغرض القربُ من إظهار المالك ، وتنبيهه ، وإذا لم يذكر المعرف بعضَ أوصاف اللقطة بعُد التعريف عن/ فائدته ، سيّما إذا كثر المنشدون[2] ، وازدحم المعرّفون في الضوالّ ، ولا ينبغي أن يتناهىٰ في وصف الضالة ؛ فيتخذه الكاذب عمدته ، ويصف اللقطة به .

ي ٢٣٩

واختلف أصحابنا في أنا هل نشترط التعرّض لبعض البيان أم يكفي الإنشاد المطلَق في الضالة ؟

فمنهم من جعل بعض البيان مأموراً به ندباً ، ولم يشترطوه .

ومنهم من شرطه .

وتوجيه الخلاف يقرب من مقصود التعريف نفياً وإثباتاً ، فالشارط يدّعي سقوط فائدة التعريف ، ومن لا يشترط يقول : صاحب اللقطة يحرص علىٰ طلبها ، فيكفيه الإنشاد المطلق . ومن قال بالوجه الأول يقول : ربَّ شخصٍ يضل شيئاً ، ولا يدري أنه أضلّه ، فإذا ذكر في الإنشاد جنسه أفهمه ذلك الإضلالَ ، فيطلب بعد ذلك ، ويبحث .

ومن شرط من الأصحاب التعرض لبعض البيان أجرىٰ ذكر الجنس .

---

(١) ساقط من الأصل .

(٢) المنشدون : جمع منشد ، من أنشد الضالة ، إذا عرّفها ، ودلّ عليها . (المعجم) . فالعطف هنا عطف بيان .

وما عندي أن هـٰذا المقدار [من البيان][1] يختص بذكر الجنس ، بل لو وصف العِفاص والوكاء ، والظرف ، كفىٰ ، والحديث دالٌّ عليه ، فإنه صلى الله عليه وسلم قال : « **اعرف عفاصَها ووكاءها ، وعرّفها سنة** » وهـٰذا منه صلى الله عليه وسلم إيماءٌ إلىٰ ذكر العِفاص ، والوكاء في التعريف .

٥٩٢٥ـ فإذا نجز ما يتعلق بالتعريف ، فإنا نقول بعده : ليس على الواجد أن يتولى التعريف بنفسه ، وله أن يستنيب فيه متبرِّعاً أو مستأجَراً ، وإذا مست الحاجة إلىٰ مؤونة في التعريف ، فقد أطلق **العراقيون** أن مؤونة التعريف على الملتقط ، واعتلّوا بأن التعريف ذريعةٌ إلى التملك ، والسبب الذي به يحصل الملك في اللقطة ، فكأنه يسعىٰ لنفسه . وهـٰذا الذي ذكروه ليس علىٰ ما أطلقوه ، فإن كان الالتقاط علىٰ قصد الحفظ للمالك ، فهـٰذا يتفرع علىٰ ما قدمناه من الوجهين في أن التعريف هل يجب علىٰ مثل هـٰذا الملتقط ؟ فإن أوجبناه ، وقصدُه الأمانة ، فيبعد أن نُلزمه مؤونةَ التعريف ، والحالة هـٰذه ، والوجه أن نطلق له رفع الأمر إلى الحاكم ، حتىٰ يقترض علىٰ صاحب اللقطة، أو [يأذن للملتقط علىٰ تفاصيلَ][2] قدمناها في هرب الجمال . ثم تكون المؤونة في التعريف محسوبة علىٰ رب اللقطة ؛ فإن هـٰذا تسبّبٌ إلىٰ إيصالها إليه .

وإن لم نوجب علىٰ من لا يبغي التملك التعريفَ ، فلا تُحسب المؤونة علىٰ صاحب اللقطة ، ويقدر/ التعريف تبرعاً منه . وما يتبرّع به الأمين لا يرجع به . ٢٣٩ ش

هـٰذا إذا قصد الأمانة .

٥٩٢٦ـ فأما إذا قصد التملك بعد التعريف على النظام الشرعي ، فما قطع به **العراقيون** من إيجاب المؤونة على الملتقط فيه متسع لمجال[3] النظر ؛ فإن التعريف في حاله تشوفٌ إلىٰ إظهار المالك ليردّ اللقطة عليه ، والتملك يقع بعد اليأس المظنون من العثور علىٰ مالك اللقطة ، فالقول في المؤنة محتملٌ علىٰ قياسنا ، حيث يبغي التملك .

---

(١) ساقط من الأصل .

(٢) عبارة الأصل حرفت هـٰكذا : أو بإذن الملتقط ، علىٰ تفصيل .

(٣) (د١) ، (ت٣) : في مجال النظر .

ثم إذا تعيّن الفصل بين أن يقصد الأمانةَ والحفظَ على المالك ، وبين أن يقصد التملك ، فلو قصد الأمانة أولاً ، ثم بدا له أن يتملك ، فيجب أن يكون النظر إلى العاقبة ، وإلىٰ ما يستقر عليه منتهى الأمر .

فإن اطردت الأمانةُ والقصدُ إليها ، فلا مؤونة على المعرِّف ، وإن تملك خرّج في المؤنة ما ذكره العراقيون ، مع احتمالٍ ظاهرٍ فيه ، كما نبهنا عليه .

٥٩٢٧ـ ثم إذا جاء من يدّعي اللقطة ووصفها ، وأغرق في الوصف ، ولم يغادر مما يُطلب في مقصود الباب شيئاً ، فالذي ذهب إليه معظم الأصحاب ، وإليه ميل النص أنه لا يجب على الملتقط تسليمُ اللقطة إلىٰ واصفها ، فإنه لا يبعد أن يكون مودَعاً فيها ، أو مطلعاً عليها ، محيطاً بأوصافها من غير أن يكون مالكها ، فإذا أمكن ذلك ، فلا وجه لإيجاب الرد بناء علىٰ مجرد الوصف .

٥٩٢٨ـ وذهب طوائف من أئمتنا إلىٰ أنه يجب الرد بالوصف ، وهو اختيار **الشيخ أبي حامد** فيما أظن .

والشاهد لذلك أن الرد جائز تعويلاً على الوصف ، وما يجوّز الرد يوجبه؛ إذ[1] لو لم يكن الوصف معتمداً ، لبطل التعويل عليه في جواز الرد ، وأيضاً فإنّ طلب الشهادة على الضوالّ والأموال الخفية عسر في النهاية ، والمطالبةُ بها قطعٌ لحق ملاّك الضوال ، فاللائق بمصلحة الباب وجوبُ الرد اعتماداً على الوصف .

وفي كل باب مسلك يليق به لا يسوغ قياسه علىٰ غيره ، وتوصل الملتقط إلى التملك من هـٰذا القبيل ؛ فإنه تملكٌ من غير تمليكٍ من جهة المالك ، وقيامٌ بالتصرف في الملك من غير إقامة واستنابة من المالك، ولـٰكن اللائق بمصلحة الباب هـٰذا ؛ فإنا لو توقفنا علىٰ تقدير إنابةٍ ، لكان ذلك تعطيلاً لمقصود اللقطة ، ولو لم يتسلط الملتقط على التملك مع الضلال ، واستبهام الحال ، لما رغب في الالتقاط/ ، فلْيَجْرِ الوصف ، والاقتصار عليه علىٰ حسب مجاري العرف . ي ٢٤٠

---

(١) (د١) ، (ت٣) : إذا لم يكن الوصف معتمداً لبطل .

٥٩٢٩ـ ثم من اكتفىٰ بالوصف ، فلا شك أنه يرعىٰ فيه وصفاً يغلّب على الظن صدقَ الواصف ، ولا يكتفي بما يمكن حمله على اتفاق الإطلاق ، وندور موافقة الصواب .

٥٩٣٠ـ ومن يكلف الواصفَ الشهادة ، فالذي أراه لصاحب هـٰذا الوجه ألا يسلم جوازَ الرد ؛ فإنه إن سلمه ، لم يبق له متعلَّق .

وسماعي من **شيخي** في دروسه جوازُ الرد ، وهو ظاهرُ كلام الأصحاب .

٥٩٣١ـ ثم إذا شرط هـٰذا القائل الشهادةَ ، فإنه يشترط[١] ـ لا محالة ـ الدعوىٰ والارتفاعَ إلىٰ مجلس القاضي وتعيين الشهود ، ويجوز أن يقال : يكفي في وجوب الرد إخبار الشاهدين من غير ارتفاعٍ إلىٰ مجلس الحكم ، ثم يجوز أن يكتفىٰ بالواحد العدل . والذي أطلقه الأصحابُ ما قدمته . والعلم عند الله تعالىٰ .

فصل

٥٩٣٢ـ اختلف نص **الشافعي** في وجوب الالتقاط، فالذي دل عليه بعض نصوصه أنه يجب الالتقاط على الأمين الموثوق به ، ونص في بعض المواضع علىٰ أنه لا يجب ، فاختلف أصحابنا في المسألة : فمنهم من أطلق القولين في وجوب الالتقاط : **أحدهما ـ** لا يجب ، وهو القياس ؛ فإن الالتقاط قبولُ أمانة ، أو هو من أبواب الكسب ، أو هو متردد بينهما ، وعلىٰ أي وجهٍ فُرض ، لم يتجه إيجابه .

ومن أوجب الالتقاطَ ، احتج بأن ذلك من التعاون الذي تمَس الحاجة إليه ، والذي تقتضي المصلحةُ الحملَ عليه .

ومن أصحابنا من قطع بنفي الوجوب ، [وهو الوجه][٢] ، وحمل نصَّ **الشافعي** على

---

(١) (د١) : لا يشترط .
(٢) ساقط من الأصل .

التأكّد في الندب والاستحباب ، وذلك سائغ في الكلام .

ومن أصحابنا من فصّل ، وقال : إن كان يغلب ضياع اللقطة لكونها علىٰ مطرق الناس والغالب عليهم الاسترلال ، والاختزال ،فهـٰذا محل الوجوب ، أو محل القولين . وإن لم يظهر ذلك ، تعيّن القطع بنفي الوجوب .

ومن أصحابنا من قال : إن كان لا يأمن الملتقط نفسَه ، ولا يثق بها ، فلا يجب عليه الالتقاط ، قولاً واحداً ، والقولان فيمن يغلب علىٰ ظنه أنه لا يخون .

ومنهم من سوىٰ ، ولم يفرق إذا كان الشخص من أهل الالتقاط وأوجب علىٰ من يحاذر داعية السوء أن يتقي الله تعالىٰ .

٥٩٣٣ـ وكل ذلك خبط ، لا معنىٰ للإطناب فيه .

والوجه القطع بأنه لا يجب الالتقاط .

ثم قال الأصحاب : إذا نفينا الوجوب ، وكان الرجل في ظاهر الظن واثقاً بنفسه ، فهل يستحب له أن يلتقط ؟ فعلىٰ وجهين . وإن كان لا يثق بنفسه ، ولـٰكن لم يلتحق بالفسقة/ حتىٰ يتردد في أنه هل يكون من أهل الالتقاط أم لا ؟ فلا نستحبُّ له إذا نفينا الوجوبَ أن يلتقط . ش ٢٤٠

وذكر شيخي وجهين حيث انتهى الكلام إليه في أنه هل يجوز له أن يلتقط إذا كان لا يثق بنفسه ؟ وهـٰذا يقرب من خلافٍ سنذكره في أن المجتهد الصالح للقضاء إذا كان لا يثق بنفسه ، ولا يأمن أن يخون ويرتشي ، ويغير الأحكام عن مناصبها ، فهل يحل له تقلّد القضاء ؟ وفيه خلافٌ ، وترتيب سيأتي الذكر عليه في أول أدب القضاء، إن شاء الله عز وجل .

٥٩٣٤ـ والوجه عندنا هاهنا القطع بجواز الالتقاط ؛ فإنه لو حرم الالتقاط ، لما تعلق به جواز التعريف والتملك ، وإذا كان كل ذلك ثابتاً ، والملتقط ليس ممن يُحكم بفسقه ، وسقوط رشده ، فلا وجه لتحريم الالتقاط عليه . هـٰذا منتهى الكلام .

فَصْلٌ

معقودٌ فيمن يكون من أهل الالتقاط ومَن لا يكون من أهله ، وهو غمرة الكتاب ، وعلى الناظر مزيدُ اعتناءٍ به

٥٩٣٥ـ وهـٰذا الفصل يستدعي تقديم أصلٍ في حقيقة اللقطة : وهو أن اللقطة فيها معنى الكسب؛ من جهة أن الملتقط يتملكها إن أراد ، وفيها معنى الأمانة؛ من جهة أنها لو تلفت في يد الملتقط في مدة التعريف أو قبل الاشتغال بها ، فإنها لا تكون مضمونة على الملتقط ، فقد اجتمع فيها معنى الكسب والأمانة ، ولا وجه لإنكار اجتماعهما .

وذكر الأئمة قولين مأخوذين من معاني كلام **الشافعي** في أن الغالب على اللقطة حكمُ الأمانة ، أو حكمُ الكسب ، ففي ذلك **قولان** إذاً ، وعليهما خروج المسائل :

أحد القولين ـ أن الأمانة هي الغالبة ؛ لأن الالتقاط يقترن به معنى الأمانة وحكمُها ، ثم يتمادىٰ إلى انقضاء التعريف ،فهـٰذا ناجز متحقَّق ، والتملك منتظَر ، قد يكون ، وقد لا يكون ، فليقع التغليب للحكم الحاضر .

والقول الثاني ـ إن الاكتساب أغلب ؛ فإنه مآل الأمر ، وعاقبتُه في الغالب ، والنظرُ إلىٰ عواقب الأشياء ، لا إلىٰ مباديها . وأيضاً ، فإن الملتقط ينفرد بالالتقاط . وهـٰذا بعيد ـ في حق من لا يلي ـ علىٰ قياس الأمانات ، فإن الأمين من آحاد الناس من يأتمنه المالك ، وهـٰذا هو الأصل ، فإذا جاز الانفراد بالالتقاط ، كان ذلك حملاً على الانفراد بالاكتساب ، ثم حكم الأمانة يثبت ثبوتاً غيرَ غالب .

هـٰذا بيان القولين ، وظهورهما بتفريع المسائل عليهما .

٥٩٣٦ـ ثم فرّع الأصحاب على القولين مسائلَ : منها التقاط الصبي ، ومنها التقاط العبد ، والمكاتب ، والفاسق/ ، والمبذّر ، وقد يجري التقاط الذمّي في آخر الفصل . ٢٤١ ي

فأما الصبيّ المميز إذا التقط ، فهو مخرّجٌ على القولين . فإن قلنا : الغالب على اللقطة معنى الأمانة ، فليس الصبي من أهلها ؛ فإنه ليس ممن يؤتمن ، وكيف يؤتمن

من يتردد بين غباوة يمتنع معها الاستقلالُ بالأمر ، وبين فطنةٍ تُطلعه علىٰ أنه غير معاقب [أو مُتَّبَع][(١)] .

وإن قلنا : الغالب على الالتقاط معنى الاكتساب ، فهو من أهله ؛ إذ يتصور منه الاكتساب الذي يتعلق بالأفعال كالاحتشاش والاحتطاب ، وما في معناهما .

٥٩٣٧ـ فإذا ثبت القولان ، فالتفريع عليهما أنا إن قلنا : ليس الصبي من أهل الالتقاط ، فلو التقط فيده يدُ ضمانٍ ، حتىٰ لو تلفت اللقطة في يده أو أتلفها ، وجب الضمان في ماله ، ولو علم الولي حصولَ اللقطة في يده ، لم يجز له تقريرها تحت يده ، بل عليه أن يسعىٰ في انتزاعها من يده .

٥٩٣٨ـ ثم ذكر العراقيون وجهين في أن [الولي][(٢)] لو أراد أخذ اللقطة من يد الصبي ، والتفريع علىٰ أنه ليس من أهل الالتقاط ، علىٰ نية ابتداء الالتقاط : **أحد الوجهين** ـ أن ذلك سائغ ؛ فإن اللقطة في يد الطفل ضائعة ، وهي بمثابة ما لو صادفها في مضيعة ، فله الأخذُ من يده ، كما له الالتقاط من قارعة الطريق .

والوجه الثاني ـ وهو قياسنا ـ أنه لا يصح الالتقاط من يده ؛ فإن الالتقاط له صورة في **العرف** ، وعليها يدلّ الشرعُ . والقياس لا جريان له في مفتتح الأمر . والذي يحقق ذلك ، أن الصبي يعرض للضمان إذا ثبتت يده على اللقطة ، فلو جعلنا الوليَّ ملتقطاً ، لتضمَّن إسقاطَ الضمان عن الصبي ، وهو في التحقيق إسقاطُ [حق تملّك][(٣)] اللقطة بعد ثبوته .

فإن حكمنا بأن الولي يلتقط من يد الطفل ، لم يختص هـٰذا به ، فلو صادفه أجنبي من أهل الالتقاط، كان له الأخذ من يده ، علىٰ حكم الالتقاط . وإنما يختص بالولي ما يختص

---

(١) في الأصل : « أو يتبع » هـٰكذا قرأتها بكثيرٍ من التوسّم . وفي (د١) ، (ت٣) : « لو توسع » والمثبت اختيار منا علىٰ ضوء السياق . والمعنى أنه غير معاقب في الآخرة، وغير مؤاخذٍ في الدنيا، فلا يتبع بالطلب والمؤاخذة.

(٢) في الأصل : الوالي .

(٣) في الأصل ، (ت٣) : حق لمالك اللقطة ، وفي (د١) : لحق المالك اللقطة . والمثبت تقدير منا ، نرجو صوابه .

بالطفل من مصالحه ، ولا نظر إلىٰ سقوط الضمان عن الطفل عند التقاط الأجنبي من يده .

ثم يتفرع علىٰ ذلك أنا إذا جعلنا الولي ملتقطاً ، فيزول الضمان عن الصبي بالكلية ، ولا يبقىٰ في ماله تبعة ؛ إذ قد التقط اللقطة من هو من أهل التقاطها ، وانقلب الصبي عند التقاطه مشبَّهاً بمضيعةٍ بقارعة طريق .

هـٰذا ما ذكره الأصحاب .

٥٩٣٩ـ وللاحتمال إليه تطرّقٌ من قِبل أن من غصب عيناً ، وأضلّها ، فالتقطها ملتقط ، فقد ثبت حكم اللقطة فيها ، ويبعد في هـٰذه الصورة إبراء[(١)] الغاصب ، وإن اتصلت العين بيد ملتقطٍ هو من أهل الالتقاط/ . وستكون لنا إلىٰ مسألة الغاصب عودة في آخر الفصل، إن شاء الله عز وجل . ٢٤١ ش

٥٩٤٠ـ وإن لم نجعل [للولي][(٢)] مرتبةَ الالتقاط بعد ثبوت يد الطفل ، فالكلام وراء ذلك في **فصلين** :

أحدهما ـ أن العين لو تلفت في يد الصبي ، فلا شك في وجوب ضمانها ، كما لو غصب عيناً ، وكذلك لو أتلفها ، فالتلف والإتلاف يضمِّنانه القيمة .

وأما[(٣)] الولي، فينبغي أن لا يترك نظرَه للطفل ، فإن استمكن من رفع الأمر إلىٰ مجلس القاضي ، فعل ، وفيه تفصيل سأذكره في فصل العبد ، وأرمز إذْ ذاك إلىٰ حظ الصبي منه، إن شاء الله عز وجل .

وإن لم يتمكن من رفع الأمر إلى الحاكم ، حَفِظ اللقطةَ جهدَه ، وأخذها من يد الطفل ، ثم لو تلفت ، فالضمان ثابت على الطفل ، وفائدة الاحتياط صون العين عن التلف ، والتضييع .

وهـٰذا أيضاً [ممّا][(٤)] لا يمكن تقريره إلا بعد تمهيد أصلٍ ، نذكره في فصل العبد علىٰ أثر ذلك، إن شاء الله عز وجل .

---

(١) (د١) ، (ت٣) : أثر .
(٢) ساقطة من الأصل .
(٣) هـٰذا هو الفصل الثاني قسيم (أحدهما) الذي سبق من عدة أسطر .
(٤) في الأصل : فيما .

٥٩٤١ـ وإن [جعلنا][(١)] الصبي من أهل الالتقاط ، فلا يترك الولي العينَ في يده ، بل يأخذها منه. وإذا ثبتت يد الولي عليها ، فهي أمانة ، لو تلفت في يد الولي ، لم نثبت ضمانها وفاقاً ؛ فإنا نفرّع علىٰ أن الصبي من أهل الالتقاط ، ولو ترك الولي اللقطة في يد الطفل ، كان منتسباً إلى التضييع ؛ فإنه إذا كان لا يترك في يده خالصَ ملكه ، فكيف يترك في يده ملكَ غيره .

وإن علم الولي بكون اللقطة في يده ، فتركها حتىٰ ضاعت ، فسنذكر ما يتعلق بذلك في فصل العبد، إن شاء الله عز وجل .

٥٩٤٢ـ ولو لم يشعر الولي بحصول اللقطة في يده ، فأتلفها الصبي ، تعلق الضمان بماله ، وإن تلفت في يده ، ففي وجوب الضمان وجهان . والتفريع علىٰ أنه من أهل الالتقاط .

ولو أودع رجل عند طفلٍ مالاً ، فلو تلف في يد الطفل ، لم يضمن ، وإن كان سبب التلف تضييعه ، فإن استحفاظه لم يصح ، وانتسب من استحفظه إلىٰ تضييع ماله ، وإن أتلف الصبي الوديعةَ ، ففي وجوب الضمان وجهان ، وإنما اختلف الترتيب؛ من جهة أن المودِع هو الذي ضيع ماله ؛ إذ استحفظ الصبيَّ فيه ، وإذا التقط الصبي ، فلم يوجد من جهة المالك تفريط في استحفاظه ، فلذلك جعلنا المسألة علىٰ وجهين فيه إذا تلفت اللقطة في يده .

فإن قيل : لم ضمّنتموه ، والتفريع علىٰ أنه من أهل الالتقاط ؟ قلنا : معنىٰ كونه من أهله أنه قد يُتملّك له قيمة ما التقط ، إذا رأى النظرَ فيه ، فأما أن تكون يده صالحة للأمانة في مدة التعريف قبل دخول وقت التملك ، فلا .

ي ٢٤٢ فإن قيل : هلا قطعتم بوجوب الضمان لما ذكرتموه ؟ قلنا : صاحب/ الضالّة على الجملة منتسب إلى التقصير ، وإن لم يستحفظ الصبي على التعيين .

٥٩٤٣ـ ومما يتعلق بالتقاط الصبي أن القيّم إذا استخرج اللقطة من يده ، فعرّفها

---

(١) في الأصل : حملنا .

سنة ، فإن كان صلاحُ الطفل في أن يتملكها له فعل ، وكان[١] ذلك استقراضاً للطفل . وإن لم يرَ في التملك صلاحاً ، أمسك اللقطة أمانةً ، أو سلمها إلى القاضي . وقد أحلنا أطرافاً من الكلام في لقطة الصبي على العبد وبيان حكمه .

٥٩٤٤ـ فأما العبد إذا التقط ، فقد خرّج الأئمةُ التقاطه على القولين في تغليب الأمانة والكسب .

فإن حكمنا بتغليب الأمانة ، فإن العبدَ ليس من أهل الالتقاط .

وإن حكمنا بتغليب الكسب ، فهو من أهل الاكتساب . هٰكذا أطلقه الأئمة **المراوزة** . وفي هٰذا فضل تفصيل ، سيأتي الشرح عليه، إن شاء الله تعالىٰ .

ولا ينبغي أن يعتقد الناظر في أوساط أمثال هٰذه الفصول أنه يطّلع علىٰ سرّ ما ينتهي إليه ، فإن أسرار المسائل المسلسلة تتبيّن عند نجازها .

٥٩٤٥ـ قال **صاحب التقريب** : اختلاف القول فيه إذا التقط العبد ونوىٰ نفسه ، فأما إذا نوىٰ سيدَه ، بالالتقاط ، ففي المسألة احتمالٌ : يجوز أن يقال : يصح ذلك قولاً واحداً ، ويجوز طرد القولين في هٰذه الحالة .

وفي هٰذا الكلام فضلُ نظر ؛ فإن السيد لم يأذن لعبده في هٰذا النوع ، فاستبداد العبد به دون إذن سيده لا يختلف حكمه بأن ينوي نفسَه ، أو سيدَه ، فلا وقع للتردد الذي أبداه .

٥٩٤٦ـ ولو أذن السيد لعبده في الالتقاط ، وقال : مهما وجدت ضالةً ، فارفعها ، وائتني بها ، فيجب قطعُ القول بوقوع الالتقاط عن جهة السيد ، ويتطرق إليه نوعٌ من الاحتمال ، لما في اللقطة من معنى الأمانة .

فإن قيل : لو أذن السيد لعبده في قبول الوديعة ، صح منه قبولها ، وكانت يده بمثابة يد السيد ؟ قلنا : الأمر كذلك ، ولٰكن الأمانة الثابتة في اللقطة مشوبةٌ[٢] بقضية الولاية ؛ فإن الملتقط يستبدّ بإثبات اليد على اللقطة من غير إذنٍ من ربّها ، والإذن

---

(١) (د١) : « وكل ذلك استقراض » ، (ت٣) : وإن كان ذلك استقراضاً .
(٢) (د١) ، (ت٣) : مثبوتة .

لا يُلحق العبد بالولاية ، وسيتضح هـٰذا المعنىٰ ـ إن شاء الله عز وجل ـ في أثناء الفصل .

التفريع على القولين :

٥٩٤٧ـ فإن قلنا : العبد ليس من أهل الالتقاط ، فإذا حصلت اللقطة في يده ، فلا يخلو إما أن يشعر السيدُ بها أو لا يعلمها ، فإن لم يعلمها ، فاللقطة مضمونة في يد العبد ؛ فإن تلفت أو أتلفها ، تعلّق الضمان برقبته ؛ فإن ما يتلف تحت اليد العادية بمثابة ما يتلف بالجناية .

ثم تفصيل القول في فداء السيد إياه لا يخفىٰ .

وتقريره في آخر كتاب الجراح، إن شاء الله تعالىٰ .

هـٰذا إذا لم يشعر السيد بحصول اللقطة .

٥٩٤٨ـ فأما إذا علم حصولها في يد العبد ، فأضرب عنها مقصّراً ، حتىٰ تلفت أو أتلفها العبد ، فالقيمة تتعلق برقبة العبد ، كما قدمناه ، فإن ضاقت قيمة العبد عن الوفاء/ بقيمة اللقطة ، فالذي نقله **المزني عن الشافعي** : « أن الفاضل من مقدار قيمة العبد يتعلق بسائر مال السيد ، وتتوجه عليه الطَّلبة به ، وإن سلّم العبدَ ليباع في الجناية ، ولم يؤثر فداءه » **ونقل الربيع عن الشافعي** قولاً آخر : « أن الغرم ينحصر في رقبة العبد ، ولا يتعلق الفاضل بسائر مال السيد » .

ش٢٤٢

٥٩٤٩ـ توجيه القولين : من قال : بانحصار الضمان في رقبة العبد ، قاس ما نحن فيه علىٰ ما إذا أتلف العبدُ شيئاً بإذن سيده ؛ فإن الضمان لا يعدو رقبة العبد ، ولا أثر لإذن السيد في الإتلاف ، فتقريره اللقطة في يد العبد لا تزيد علىٰ إذنه في الإتلاف وأمرِه به من غير إكراهٍ .

ومن قال : لا ينحصر الضمان في رقبة العبد ، احتج بأن يد العبد بمثابة يد السيد ، فإذا انضم إلىٰ يد العبد تقصيرُ السيد في تقرير اللقطة في يد العبد ، كان ذلك بمثابة ما لو تلفت العين في يد السيد ، وهو معتدٍ . وهـٰذا إنما كان يقوىٰ ، لو كنا نعلّق الضمان في الفاضل بالسيد ، وإن لم يشعر بحصول اللقطة في يد العبد ؛ فإن أسباب الضمان

لا تختلف [قضاياها][١] بالعلم والجهل .

٥٩٥٠ـ ومما يتعلق بالتفريع علىٰ هـٰذا القول أن السيد لو أخذ اللقطة من يد العبد ، وقصد بأخذها من يده الالتقاطَ ، فقد ذكر **العراقيون** وجهاً أن ذلك يكون التقاطاً من السيد ؛ لأن يدَ العبد على القول الذي عليه نفرع ليست يدَ التقاط واللقطة فيها ضائعة ، فكانت بمثابة ما لو صادفها السيد في مضيعة .

وهـٰذا الذي ذكروه بعيدٌ غيرُ متَّجهٍ ؛ فإن العبد تعرّض للضمان بأخذ اللقطة ، فلو قلنا : يصح التقاط السيد من يده ، لتضمّن ذلك إسقاطَ الضمان وتبرئةَ رقبة العبد ، وفيه إبطال حق مالك اللقطة ، واستفادة السيد حقَّ التملك في اللقطة . وهـٰذا بعيد ، لا اتجاه له ، علىٰ قياس **المراوزة** . وما ذكره **العراقيون** لايختص بالسيد ، بل لو أخذ الأجنبي اللقطة من يد العبد ، لبرىء العبدُ ، وثبت الأجنبي ملتقطاً على الابتداء ، وهـٰذا بعيدٌ ، لا اتّجاه له .

٥٩٥١ـ فإن فرعنا علىٰ أن السيد لا يصير ملتقطاً، فيتعلق[٢] الكلام بعد هـٰذا بأمرٍ يستدعي تفصيل مقدمة .

وهي أن نقول : إذا صادف القاضي عيناً مغصوبة في يد الغاصب ، فلو أخذ القاضي العين المغصوبة من الغاصب ليحفظها علىٰ مالكها ، فهل يبرأ الغاصب عن الضمان ؟ فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما ـ** أنه يبرأ ، وهو ظاهر القياس ، لأن يدَ القاضي نائبةٌ عن يد المالك ، فرجوع العين المغصوبة إلىٰ يده ، بمثابة رجوعها إلىٰ يد المالك . **والوجه الثاني ـ** أنه لا يبرأ الغاصب عن عهدة الغصب ، ما لم ترجع العين إلىٰ يد المالك ؛ فإن مالك العين ليس مولِيّاً عليه وِلاية قهر ، وليس القاضي مستناباً من جهته ، ولـٰكنه يرعى المصلحة لتصدّيه للنظر العام/ ، والذي يقتضيه الصلاح إزالة يد الغاصب ، مع بقائه علىٰ غرر الضمان . ٢٤٣ ي

---

(١) في الأصل : « قضاها » وقد تكون قضاؤها .
(٢) (د١) ، (ت٣) : فنفتتح الكلام .

فإن قلنا : يبقى الغاصب في عهدة الضمان، فالقاضي[1] يأخذ العين المغصوبة منه ، وإن قلنا : يبرأ الغاصب لو أخذ القاضي منه العين المغصوبة ، فهل للقاضي أن يأخذها ، ويحفظها علىٰ مالكها ؟ فعلىٰ وجهين : **أحدهما** ـ له ذلك ؛ فإن قطع العدوان وحفظَ العين المملوكة للمالك أحوط وأليق بالنظر للغاصب والمغصوب منه .

والوجه الثاني ـ ليس له ذلك ؛ فإن إبقاء العين في عُهدة الضمان أولىٰ من تبرئة الغاصب ، ورد العين أمانة .

وهـٰذا التردد فيه إذا لم تكن العين المغصوبة معرضة للضياع ، [فإن كانت معرضة للضياع][2]، وكان الغاصب بحيث لا يبعد تغييبه وجهَه، فالرأي: للقاضي أخذُ العين ، وإن وقع التفريع علىٰ أن الغاصب يبرأ . هـٰذا قولنا في القاضي وأخذه العينَ المغصوبة.

٥٩٥٢ـ فأما إذا أراد واحدٌ ممن ليس والياً أن يأخذ العينَ المغصوبة محتسباً ، ويوصِّلَها إلىٰ مستحقها ، فهل له ذلك ، أم لا ؟

نتظر : فإن لم تكن العين عرضةً للضياع ، ولم يكن الغاصب ممن يفوت توجيه الطلب عليه ، فليس لآحاد الناس أن يتعرضوا لإزالة يده .

وإن كانت العين عرضة للضياع ، فهل يجوز للأمين من آحاد الناس أن يزيل يدَ ذلك الغاصب ، ويحفظ المغصوب على المالك ؟ فعلىٰ وجهين : **أحدهما** ـ ليس له ذلك ؛ فإن هـٰذه الأمور يستفيدها الولاة بالولاية ؛ من جهة أن الأمر يُفضي إلى المغالبة ، وقد يؤدي إلى القتال ، وشهْر السلاح ، وكل ما كان كذلك ، فهو مفوّض إلىٰ راعي الرعية ، والقاضي ينوب عن الغائبين بولايته .

والوجه الثاني ـ أنه يجوز للأمين أن يتولىٰ ذلك احتساباً ، ونهياً عن المنكر .

وهـٰذا غير مرضيّ .

ثم يتصل بذلك أنا إذا لم نجوّز ما ذكرناه ، فلو فعله الأمين ، صار ضامناً ، وكان بمثابة الغاصب من الغاصب .

---

(١) (د١) ، (ت٣) : والقاضي .
(٢) ساقط من الأصل .

وإن جوزنا ذلك ، فلا ضمان على الأمين ، وفي براءة الغاصب **وجهان مرتبان على الوجهين** في براءته إذا أزال القاضي يدَه ، وهاهنا أولىٰ بأن يبقى الغاصب في عهدة الضمان .

ولو فصل فاصلٌ بين أن يجري ذلك من الواحد من الناس وفي الموضع قاضٍ يمكن رفعُ الأمر إليه ، وبين أن تكون البقعة شاغرةً عن الوالي ، لكان حسناً خارجاً على الترتيب الذي قدمناه في تفاصيل هرب الجمّال .

٥٩٥٣ـ فإذا تمهد ما ذكرناه ، عاد بنا الكلامُ إلى العبد إذا التقط ، وقلنا : إنه ليس من أهل الالتقاط ، ويده على اللقطة يدُ غصب . فلو أراد السيد أن ينتزع تلك العينَ من يده ، ويحفظها لمالكها ، فهل له ذلك أو لا ؟

نقول : لو استدعى السيد من السلطان أن يفعل ذلك ، فهـٰذه الصورة أولىٰ بأن يزيل السلطان فيها يدَ العدوان ، وإذا أزالها ، فحصول البراءة أولىٰ ، والسبب فيه أن البراءة من الضمان/ ترجع إلى السيد ، وهو غير منتسب إلى العدوان ، حتىٰ يغلّظ عليه الحكم ، وليس كذلك إذا كانت الواقعة مع الغاصب نفسه . ٢٤٣ ش

٥٩٥٤ـ هـٰذا إذا التمس السيد من السلطان ، فأما إذا أراد السيد بنفسه أن يزيل يدَ العبد ويحفظ اللقطةَ علىٰ مالكها ، فهل له ذلك ؟ ولو فعل هـٰذا يسقط الضمان ؟

فعلىٰ وجهين مرتبين علىٰ **الوجهين** فيه إذا تعرض لإزالة يد الغاصب آحادُ الناس ، وهـٰذه الصورة أولىٰ بألا تحصلَ البراءة فيها ؛ فإن السيد ساعٍ في حق نفسه ويدُ العبد يدُه ، فلا يحصل الانتقال التام ، ولا تتحقق الحسبة ، والسيدُ في حكم من يبرىء نفسه بنفسه .

فإن قلنا : لا يملك السيد انتزاع العين من يد العبد ، ولو فعله ، لكان غاصباً بنفسه ، والضمان باقياً ، كما كان ، فلا كلام .

وإن قلنا : للسيد أن يزيل يدَ العبد ، وإذا أزالها ، زال الضمان ، فلو كان العبد موثوقاً به ، والتفريع على الوجه الذي انتهينا إليه ، فأراد السيد استحفاظ عبده ، وتقرير العين في يده ، وإحلال يده على الابتداء محل يده ، فهل يسقط الضمان إذا فعل

ذلك ؟ فعلىٰ وجهين : **أظهرهما** ـ أنه لا يسقط ؛ فإن اليد ، لم تتبدل حسّاً ، وقد كانت يدَ ضمان في ابتداء ثبوتها ، وهـٰذا هو الأصل .

ومن أصحابنا من قال : استحفاظ السيد إيّاه نازلٌ منزلة أخذه العينَ من يده .

وهـٰذا بعيد .

وكذلك تكون التفاريع إذا كثرت ، فإنها تزداد بعداً .

٥٩٥٥ـ وقد كنا وعدنا أن نذكر في الصبي إذا لقط ، وشعر الوليّ به ، وقرره تحت يده ، والتفريع علىٰ أن الصبي ليس من أهل الالتقاط تفصيلاً ، فنقول أولاً :

السلطان ينبغي أن يُزيل هـٰذه اليد ؛ نظراً للطفل ، واحتياطاً له ، فإذا فعل ، فالأصح أنه يبرأ ، ولا يغلَّظ عليه التغليظ الذي ذكرناه في الغاصب . هـٰذا هو الأصل .

وقيل لا يزول الضمان بعد ثبوته ، ولـٰكنا مع ذلك نزيل يد الطفل .

٥٩٥٦ـ والوليُّ هل يأخذ من الطفل ما التقطه إذا قلنا : إنه ليس من أهل الالتقاط ؟ هـٰذا يترتب علىٰ أخذ الأمين من آحاد الناس العينَ المغصوبة من الغاصب عند الإشراف على الضياع ، والولي أولىٰ بذلك ؛ لأنه منصوبٌ شرعاً للنظر للطفل .

وإن قلنا : لا يبرأ الصبي ، ولا سلطان في البقعة ، تعيّن على الوليّ انتزاعُ المال من يد الطفل ، وإن كان لا يستفيد بذلك تبرئة الصبي عن الضمان ؛ لأنه إن كان [لا][1] يحصِّل البراءة ، فيصون العينَ عن التلف ، وهـٰذه فائدة ظاهرة ، فإذا فعل الولي ذلك ، فهل يتعلق الضمان به ؟ هـٰذا فيه احتمالٌ؛ من جهة أن التفريع علىٰ أن البراءة لا تحصل ، وليس لآحاد الناس أن يفعلوا ذلك محتسبين ، ويجوز أن نجعل الولي كالقاضي في هـٰذا المقام؛ حتىٰ لا يتعلق الضمان به، ووجه/ الاحتمال بادٍ؛ من جهة أن ولاية الأب لا تتعلق بصاحب المال ، وإنما هي مقصورة علىٰ رعاية مصلحة الصبي . (ي ٢٤٤)

وإذا قررنا الضمان على الولي ، فلو تلفت العين في يده ، فيبعد أن يكون القرار عليه ، مع أنا جوزنا له ، أو أوجبنا عليه أن يأخذ العين من يد الصبي ، فالوجه أن نجعله كالمودَع من الغاصب ، مع الجهل بحقيقة الحال ، حتىٰ تتعلق الطّلبة به ،

---

(١) ساقطة من الأصل .

ولا يتقرر الضمان عليه . هـٰذا تفصيل المذهب في انتزاع العين من يد الطفل .

٥٩٥٧ـ فلو قررناها في يده، تفرع هـٰذا علىٰ ما ذكرناه . فإن قلنا : الولي لو انتزع العين ، لم يزُل الضمان ، فلا يكاد يظهر فائدة . وإن قلنا : لو أزال يدَ الطفل ، وأخذ العينَ منه لبرىء، فإذا قرر العين تحت يده ، مع العلم بحقيقة الحال ، تعلق الضمان بالولي ، لا محالة ؛ فإنه حيث انتهينا إليه تَرَكَ النظرَ ، وورَّطَ الطفل في الضمان ، مع التمكن من تبرئته عنه ، فيستقر الضمان عليه ؛ فإنه لو سلم مالَ الطفل إليه حتىٰ ضاع تحت يده ، ضمنه ، وما ذكرناه بهـٰذه المثابة .

وقد قال الأئمة : لو أركب الولي الطفل دابة صعبة ، فأتلفت الدابة بخبطها ورفسها شيئاً ، فالضمان على الولي .

فهـٰذا منتهى الكلام في ذلك .

٥٩٥٨ـ وقد حان أن نفرع علىٰ أن العبد من أهل الالتقاط .

فإذا التقط وأراد السيد أن يُبقي اللقطةَ في يد العبد ليعرفها ، وكان موثوقاً به ، فله ذلك .

وإن أراد أخذ اللقطة منه ، ومباشرة التعريف بنفسه ، فله ذلك ، ثم إذا مضت سنة التعريف ، فالسيد بالخيار إن شاء تملك ، وإن شاء حفظ اللقطة أمانة ، واستحفظ العبد فيها، إن كان موثوقاً به .

٥٩٥٩ـ ومما يجب التنبه له الآن أنا إذا جعلنا العبد من أهل الالتقاط ، فلو التقط ، ولم يشعر السيد ، وعرّف بنفسه [سنة](١) ، من حيث لم يدر السيد ، ثم إنه بعد مضي السنة تملك اللقطة لمولاه ، فهل يصح ذلك أم لا ؟

هـٰذا يترتب علىٰ أن الرجل إذا وهب من عبد إنسان شيئاً ، فاتهبه دون إذن مولاه ، فهل يصح اتّهابُه ، حتىٰ يدخل الموهوب في ملك السيد ؟ **فيه وجهان** : **أحدهما ـ** أن الاتّهاب يصح ، والموهوب يدخل في ملك السيد ، كما يدخل في ملكه ما يصطاده ، ويحتطبه .

---

(١) ساقطة من الأصل .

والثاني ـ لا يصح ؛ فإن الهبة عقدٌ متعلِّق بقولٍ ، ويبعد أن يصح من العبد عقدٌ يتضمن تمليكَ السيد من غير إذن السيد .

ولم يختلف أصحابنا أن العبد إذا خالع زوجته علىٰ مالٍ أن الخلع يصح ، وعوضه يدخل في ملك سيد العبد قهراً دخول الصيد إذا اصطاد العبدُ ؛ فإن العوض في الخلع يتبع الإبانة[1] ، وهي حق الزوج ، فلم يثبت مقصوداً ، وملك الموهوب مقصودُ الهبة .

٥٩٦٠ـ فإذا ثبت ذلك/ ، فلو عرّف العبدُ اللقطةَ ، وتملكها بعد السنة للسيد ، فقد ذكر **صاحب التقريب وجهين** في صحة ذلك : **أصحهما**[2] ـ أنه لا يصح ؛ فإنه تملك للسيد بعوضٍ ، وليس كالتملك بالهبة . ش ٢٤٤

وحق ما ذكره من الوجهين أن يرتبا على الوجهين في انفراد العبد بالاتهاب ، وهٰذا أولىٰ بألا يصح ، والفرق لائح .

٥٩٦١ـ ولو اشترى العبدُ شيئاً بثمن في الذمة بغير إذن مولاه ، فالأصح بطلان البيع . وقد ذكرنا قولاً بعيداً : إن البيع يصح ، وهو ضعيف غير معتد به ، ومن صححه ، فالثمن عنده في ذمة العبد يطالب به إذا عتَق .

٥٩٦٢ـ فإن قلنا : يصح تملك العبد للسيد ، فيبعد أن يقال : لا يطالب السيد بعوض اللقطة إذا ظهر مالكها ، وليس كما إذا فرعنا علىٰ صحة شراء العبد بغير إذن سيده ؛ فإن البائع رضي بذمة العبد ، ولم يرض مالك اللقطة بذمة العبد في مسألتنا ، فيجب القطع بأنا إذا صححنا تملّكَ العبد لسيده ، فالعوض في ذمة السيد .

فإن قيل : فجوِّزوا أن يستقرض العبد لسيده ، ويشغل ذمته بعوض القرض . قلنا : ذلك غير سائغ ، والفرق علىٰ هٰذا الوجه الضعيف أنا جعلنا العبد من أهل الالتقاط ، وهو السبب الأظهر في التملك ، حتىٰ كأنه ملتحق بالأفعال المملّكة ، كالاحتشاش ونحوه .

---

(١) (د١) ، (ت٣) : الإنابة .

(٢) (د١) ، (ت٣) : أحدهما .

٥٩٦٣ـ وإن جرينا على الأصح ، وقلنا : لا يتملك العبد اللقطة دون إذن سيده ، فمن أصحابنا من قال : لا يصح تعريفه دون إذن سيده أيضاً ، وهـٰذا غير سديد ؛ فإنا إذا جعلناه من أهل الالتقاط ، فالتعريف في معنى الالتقاط . نعم ، إن قلنا : انقضاء التعريف يوجب حصولَ الملك ، فيجوز أن يقال : لا يصح التعريف ؛ فإنه لو صح ، لاقتضى الملك . ويجوز أن يقال : يصح ، ولا يقتضي الملك في هـٰذه الصورة ، كما لو عرف الملتقط ، ولم يقصد التملك ابتداءً ودواماً .

٥٩٦٤ـ ومما يتم به تفريع التقاط العبد أن مدة التعريف إذا انقضت ، ودخل وقت التملك ، وليقع الفرض فيه إذا كان أذن السيد لعبده في التملك ، فلو تلفت اللقطة في يد العبد أو أتلفها ، فكيف الحكم ؟ نُقدِّم علىٰ ذلك بيانَ هـٰذا الحكم في حق الحر الملتقط الذي هو من أهل الالتقاط .

٥٩٦٥ـ فإذا عرّف[1] اللقطة سنة ، نُظر : فإن كان قصد بالالتقاط التملك بعد التعريف ، ثم انقضت مدة التعريف ، وهو علىٰ قصد التملك ، والتفريعُ علىٰ أن مضي السنة لا يفيد التمليك ، فإذا تلفت اللقطة قبل التملك ، فهي مضمونة على الملتقط ، بمثابة العين المأخوذة علىٰ سبيل السَّوْم .

ولو التقط أوّلاً علىٰ قصد الحفظ ، ثم لم يغيّر قصده ، وعرّف ، فتلفت اللقطة بعد انقضاء التعريف ، فهي أمانة ؛ فإنّ قصد الأمانة/ اقترن بالابتداء ، ولم يطرأ ما يناقضه . ٢٤٥ ي

ولو التقط ، ولم يقصد تملكاً ، ولا أمانةً ، وعرّف علىٰ هـٰذا الإطلاق أيضاً ، ثم انقضت السنة ، ولم يُحدث قصداً في التملك ولا في نفيه ، فلو تلفت اللقطة ، فيمكن أن يخرّج الضمان في هـٰذه الحالة على القولين في أن الغالب على اللقطة حكمُ الأمانة أو حكم الكسب ، حتىٰ إذا قلنا : الغالب مقتضى الكسب يضمن اللقطةَ إذا تلفت ، وإن قلنا : الغالب الأمانة لا يضمن .

---

(١) فإذا عرّف : أي الحر الذي هو من أهل الالتقاط .

هٰذا بيان حكم الضمان في [حق][١] الحر ، ونقول بعده :

٥٩٦٦ـ العبد إذا كان مأذوناً في التملك ، فإذا مضت سنةُ التعريف ، فتلفت اللقطة في يده قبل أن يتملكها ، وهو مأذون من جهة السيد في التملك ، فإذا لم يتملك ، وتلفت اللقطة ، فالضمان يتعلق بذمة السيد ، وذمة العبد ، وهو كما لو أمر عبده حتىٰ أخذ عيناً علىٰ سبيل السوم ، فتلفت في يد العبد ، فالضمان يتعلقَ بالسيد من جهة صدور سبب الضمان عن إذنه .

هٰذا هو المذهب .

ومن أصحابنا من قال : إذن السيد في هٰذا بمثابة إذنه في الغصب ، ولو أذن لعبده ، فاعتدىٰ وغصب ، لم يتعلق الضمان بذمة السيد ، كذلك هاهنا .

والقائل الأول يقول : لو اشترىٰ بإذن السيد ، تعلّق الضمان بكسب العبد ، وهو من ملك السيد ، ويطالَب السيد بالثمن أيضاً إذا وقع المبيع ملكاً له .

والأقيس أن الضمان في [التالف][٢] المأخوذ علىٰ سبيل السوم لا يتعلق بذمة السيد .

فإن قيل : هلا علقتم الضمان بكسب العبد ، كالثمن الذي يلتزمه بإذن مولاه ؟

قلنا : إذا قال السيد ، التزِم ، فقد قال : أدِّ . وأقرب مصرف يحمل الأداء عليه مع بقاء العبد علىٰ حكم الرق الكسبُ ، وإذا قال له : خذ شيئاً مستاماً ، فليس في هٰذا إذنٌ بالالتزام .

٥٩٦٧ـ ولو لم يصدر من السيد إذنٌ في التملك ، وتلفت اللقطة في يد العبد بعد مضيّ زمان التعريف ، فالمذهب أن القيمة تتعلق بذمة العبد يتبع بها إذا عتق ، ولا يطالب السيد به أصلاً .

وأبعد بعض أصحابنا ، فقال : تتعلق القيمة برقبة العبد ؛ فإنها لزمت من غير معاملة صدرت من مالك العين ، فكانت كأرش الجناية . وهٰذا مزيّفٌ ، لا أصل له ؛

(١) في الأصل : حكم .
(٢) في الأصل : التلف .

فإن الشرع[١] إذا سلّط على التملك بالعوض [٢] في وجهٍ [٢] ودخل وقتُه وأوانُه ، كان ذلك بمثابة رضا المالك . والدليل عليه أن التملك يسوغ من غير إذن المالك تعويلاً على تسليط الشرع .

٥٩٦٨ـ ولو أتلف العبدُ اللقطة قبل التملك ، فقد ذكر **صاحب التقريب وجهين** : **أحدهما** ـ أن القيمة تتعلق برقبة العبد لمكان الإتلاف ، وإذا صادف الإتلاف ملكَ الغير ، فموجبه يتعلق بالرقبة إذا كان المتلِف العبدَ .

والوجه الثاني ـ أن القيمة تتعلق بذمة العبد ؛ فإن اللقطة/ وإن لم تتملك ، **فهي في** ٢٤٥ ش حكم المتملّكة ، وإذا اشترى العبد شيئاً شراءً فاسداً ، وأتلفه ، فالقيمة تتعلق بذمته ؛ لأن البائع [قد سلط المشتري على الإتلاف ، وتسليطُ الشرع كتسليط البائع][٣] .

وقد نجز القول في العبد والتقاطه[٤] .

فَرْعٌ : **٥٩٦٩ـ** إذا التقط العبد ، وقلنا : إنه ليس من أهل الالتقاط ، فلو أعتقه السيد واللقطة في يده ، فعرّفها سنةً ، فهل يملكها ؟

ردّد **الشيخ أبو حامد** في هـٰذه المسألة جوابه ، ولم يفصّل[٥] فيها جواباً ، ولـٰكنه قال : المسألة محتملة ، فيجوز أن يقال : إنه يملك في الصورة التي ذكرناها ، ويجوز أن يقال : لا يملك استدامةً للحكم السابق .

وهـٰذا التردد الذي ذكره رضي الله عنه قريبُ المأخذ مما ذكرناه فيه إذا التقط الحرّ ، ونوى الاختزالَ والخيانة ، وقرن النية بالالتقاط ، فلو عرّف ، وأراد أن يتملك ، ففيه خلاف ذكرناه ، والعلم عند الله تعالىٰ .

٥٩٧٠ـ فأما الفاسق إذا التقط ، **فطريق المراوزة** فيه تخريجه على القولين في أن

---

(١) (د١) ، (ت٣) : السيد .

(٢) ساقط من (د١) ، (ت٣) .

(٣) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .

(٤) في الأصل هنا العبارة الآتية : « تم الجزء بحمد الله ومنه » وبعدها « بسم الله الرحمـٰن الرحيم الحمد لله وحده » .

(٥) في (د١) ، (ت٣) : ينقل .

الغالب على اللقطة الأمانة أو الكسب ؟ فإن قلنا : الغالب الأمانةُ ، فالفاسق ليس من أهل الالتقاط ، والعين التي أخذها مغصوبة في يده ، ولو عرّفها لم يتملكها . وهٰذا فائدة قولنا : إنه ليس من أهل الالتقاط .

وإن قلنا : الغالب على اللقطة معنى الكسب ، فالفاسق من أهل الالتقاط ، وإذا عرَّف ، تملك .

٥٩٧١ـ ثم ذكر **المراوزة وجهين** في أن اللقطة هل ينتزعها الوالي من يده ، حتىٰ تنقضي مدة التعريف : **أحدهما** ـ أنه يفعل ذلك احتياطاً لمالك المال . **والثاني** ـ لا ينتزعها من يده ، ولٰكن يضم إليه من يراقبه ، حتىٰ إذا مضت المدة ، انفرد بنفسه ، واستقل بالتملك .

فإن قيل : إن لم يكن العبد ممن [يؤتمن][1] فالفاسق يجوز ائتمانه . ولو أودعه إنسان شيئاً ، فتلف في يده ، لم يلزمه الضمان .

قلنا : يتصور الإيداع عنده ، ولٰكن الشرعَ لا يأتمنه ، وحكم الأمانة في اللقطة ثابت شرعاً . وأيضاً الأمانة ممزوجة بحكم الولاية ؛ فإن الملتقط يستقل بالالتقاط ، من غير ائتمان ، والفاسق ليس من أهل الولاية علىٰ هٰذا الوجه .

هٰذا طريق **المراوزة** .

٥٩٧٢ـ وأما **العراقيون** ، فإنهم سلكوا مسلكاً آخر ، فقالوا : الفاسق إذا التقط ، ففي المسألة **قولان** : **أحدهما** ـ أنه يُخرِج القاضي اللقطةَ من يده .

والثاني ـ لا يخرجها من يده . ولٰكن ينصب من يشارفه[2] حتىٰ لا يضيعها .

٥٩٧٣ـ ثم قالوا على القولين : إذا عرّف وتحقق تعريفه ؛ فإنه يتملك اللقطة ، فقطعوا [القول][3] بأن الفاسق من أهل تملك اللقطة ، وردّدوا القول في إزالة يده .

---

(١) في الأصل : يوثق .

(٢) يشارفه : يدنو منه ويطلع عليه . (المعجم) .

(٣) ساقطة من الأصل .

وهـٰذا يخالف **طريقَ المراوزة** . وما ذكروه [منقاس][1] حسن ، فإنه إذا أمكن إجراء الأمانة [دون][2] الفاسق ، مع تبقية حقه في الكسب ، فلا وجه لمنعه من الاكتساب .

وليس الفاسق في/ هـٰذا كالعبد ؛ فإن العبد ليس من أهل الاكتساب لنفسه ، فيبعد أن يكتسب بالعوض لسيده ، فكان الكلام في العبد علىٰ نسق آخر . ٢٤٦ ي

٥٩٧٤ـ ويجوز أن يقول من يسلك **طريق المراوزة** : الفاسق لو تملك اللقطة ، لتملكها بالعوض من غير رضا مالك اللقطة ، وهو ليس موثوقاً به ، ولم يصدر من المالك رضاً بذمته ، فيتجه خروجه عن هـٰذا النوع من الاكتساب ، مع أن إجراء الأمر في اللقطة مأخوذ من أوّله ، والغالب علىٰ أول اللقطة الأمانةُ ، وقد أوضحنا أن الفاسق ليس من أهلها .

٥٩٧٥ـ فأما المكاتب ، فقد قال أئمتنا : إن غلَّبنا معنى الكسب ، فالمكاتب من أهل الالتقاط ، ثم يستبدّ بالتعريف ، والتملكِ بعد مدة التعريف ، ولا شك أنه يتملك لنفسه .

وإن قلنا : الغالب الأمانة ، فلا يلتقط المكاتَب ، وإذا التقط ، كان غاصباً ، ولا يتملك في العاقبة .

والمكاتب وإن كان موثوقاً به ، ويجوز الإيداع عنده . فليس من أهل الولاية ، وقد أوضحنا أن الالتقاط فيه شَوْبُ الولاية .

وربما كان يقول **شيخنا** : المكاتب مرتب على القِنّ ، وهو أولىٰ بأن يكون من أهل **الالتقاط** .

والعراقيون قطعوا بأن المكاتب إذا التقط ؛ فإنه يتملك اللقطة قولاً واحداً .

والقولان في أن اللقطة هل تبقىٰ تحت يده أم لا ؟ على القياس الذي قدموه في الفاسق .

---

(١) في الأصل رسمت هـٰكذا : « مُد قياس حسن » وهو تصحيف طريف .

(٢) في الأصل : في حق الفاسق . والمعنىٰ : إذا أمكن مشارفة الفاسق أو حفظها من يده حتىٰ يتم تعريفها ـ وهـٰذا معنىٰ إجراء الأمانة دونه ـ فلا معنىٰ لمنعه من الكسب ، وهو من أهل الاكتساب بالاتفاق .

وما ذكروه من القطع بأنه يتملك متَّجهٌ ، لأنه موثوق به ، وهو من أهل الاكتساب .

وما ذكروه من **القولين** في إزالة يده فيه بعدٌ ، مع القطع بأنه يتملك ، وهو موثوق به ، فإن قيل : تزال يده في قولٍ لما ذكرت من شَوْب الولاية ، فلا وجه للقول الآخر الذي ذكروه من أن القاضي ينصب عليه من يشارفه ؛ فإن هـٰذا إن اتجه في الفاسق من جهة سقوط الثقة به ، فلا اتجاه له في المكاتب الموثوق به ، فالوجه أن يقال : تزال يده علىٰ قولٍ وتترك اللقطة تحت يده علىٰ قولٍ من غير مشارفةٍ ونصب مراقبٍ ، فقد تبين من **أصل العراقيين** أن الفاسق ، والمكاتَب من أهل تملك اللقطة قولاً واحداً ، لمّا كانا من أهل الاكتساب . والتردد في العبد القِنّ ، كما ذكرناه .

٥٩٧٦ـ وأما الصبي ، فهو من أهل الاكتساب ، ولـٰكنه ليس من أهل التملك بنفسه ، فيجوز أن يوافق **العراقيون** فيه **المراوزة** في تخريج القولين في أن ما التقطه الصبي هل يتملكه ؟

٥٩٧٧ـ فأما من نصفه حر ، ونصفه عبد ، فقد قال أئمتنا : هو بمثابة المكاتب ؛ فإن له على الجملة استقلالاً بسبب [حرية نصفه](1) كالمكاتب .

وهـٰذا فيه نظر ؛ فإن الرق الذي فيه كامل ، وإذا كمل الرق ، ضعف التصرف فيما يقابل الرق ، وإذا تحقق ذلك في بعض الملتقَط ، عم جميعه ؛ فإن التقاط البعض الذي يضاف إلى الحرية غيرُ ممكن ؛ إذ من ضرورته لقطُ الكل .

٥٩٧٨ـ فإن قلنا : إنه من أهل الالتقاط ، فلا يخلو إما أن يكون بينه وبين مالك الرق منه مهايأة ، وإما ألا يكون بينهما/ مهايأة ، فإن لم تكن مهايأة ، فاللقطة إذا ملكت ، تقسطت على النصف الحر ، والنصف الرقيق . ش ٢٤٦

وإن كانت مهايأة فاللقطة من الأكساب النادرة ، وقد اختلف الأصحاب في أن الأكساب النادرة هل تدخل تحت المهايأة ؟ فإن قلنا : إنها لا تدخل تحت المهايأة ، فالملك فيها يقع منقسماً .

---

(١) في الأصل : بسبب حريته كالمكاتب .

وإن قلنا : إنها تدخل تحت المهايأة ، فالنظر إلى النوبة ، فإن وقع ما هو المعتبر في نوبة السيد ، فالملك في اللقطة له ، وإن وقع في نوبة من نصفه حر ، فالملك له .

٥٩٧٩ـ وفحوىٰ كلام الأصحاب يدل علىٰ أن الاعتبار فيما ذكرناه بما بعد سنة التعريف ، وفي كلام **بعض المحققين** ما يدل علىٰ أن الاعتبار بيوم الالتقاط ؛ فإنه المستند ، وهٰذا فقيه حسن .

فلو وقع الالتقاطُ في نوبةٍ ، وانقضاءُ سنة التعريف في نوبة أخرىٰ ، فللتردد في ذلك مجال .

والأصل عندي القطع بأن الالتقاط لا يدخل تحت المهايأة ؛ فإنه ليس اكتساباً محضاً ، وإنما هو في حكم استقراض ، وإنما يقع هٰذا بجملته .

هٰذا منتهى القول فيمن يكون من أهل الالتقاط ، وفيمن لا يكون من أهله .

فَرْعٌ : **٥٩٨٠ـ ذكر العراقيون** وجهين في [أن الذمي هل يكون من أهل الالتقاط في دار الإسلام، والذي قطع به][1] أئمتنا أنه من أهل الالتقاط ؛ فإنه أمينٌ مكتسب .

فَصْلٌ

جامع فيما يجوز التقاطه ، وما لا يجوز التقاطه

٥٩٨١ـ فنقول : إذا وجد الرجل مالاً ضائعاً ، لم يخل إما أن يجده في الصحراء أو يجدَه في العمران .

فأما إذا وجد في الصحراء ، فلا يخلو : إما أن يكون الموجود حيواناً ، أو غير حيوان . فإن لم يكن حيواناً ، لم يخل : إما أن يكون مما يتسارع إليه الفساد ، أو لا يكون كذلك .

فإن كان مما يتسارع إليه الفساد كالطعام ، وما في معناه ، يأكلْه علىٰ مكانه ، ولا نكلفه التعريف ؛ فإنه غير ممكن في الحال ، ولو ترك الطعامَ ، ولم يأكله ،

---

(١) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .

لضاع ، وسبب الأمر بالتعريف فيما لا يفسد التسبب إلىٰ ظهور مالك اللقطة ، ليأخذها قبل أن تملك عليه، فإذا كان التعريف يؤدي إلىٰ إفساد المال ، استحال اشتراط تقديمه .

ثم إذا أكل الطعام ، فهل يجب عليه التعريف بعد الأكل ؟

فعلىٰ وجهين : **أحدهما** ـ لا يجب عليه ، فإنَّ وَضْع التعريف في الشرع أن يقدّم على التصرف في اللقطة ، فإذا تقدم التصرف ، وفاتت العين ، فالتعريف خارج عن وضعه ، ويشهد لهـٰذا قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : لما سئل عن الشاة يجدها الواجد ، فقال : « **هي لك ، أو لأخيك ، أو للذئب** » ولم يتعرض صلى الله عليه وسلم لإيجاب التعريف ، والطعام في معنى الشاة ، وأيضاً التعريف في المضْيعة لا يفيد ، والطعام مما لا يطلب في الغالب ، فإذا تقدم الأكل ولم يُفد التعريفُ في مكان الوجود ، وبَعُد العثور/ علىٰ صاحب الطعام في بلدةٍ سيصل إليها ، فاجتماع هـٰذه الأسباب يُسقط التعريف . ي٢٤٧

والوجه الثاني ـ أنه لا بدّ من التعريف ؛ فإنه لو تركه ، وقد أكل الطعام ، كان في حكم الكاتم المُغَيِّب لملك الغير . وهـٰذا بعيد .

٥٩٨٢ـ فأما ما لا يتسارع إليه الفساد ، فلا بد من تعريفه سنةً أوّلاً .

وسبيل تعريفه ما ذكرناه في فصول التعريف ، فيبتدىء التعريف إذا انتهىٰ إلى البلدة التي يقصدها ، وقد قدمنا تفصيل ذلك .

٥٩٨٣ـ فأما الحيوان إذا وجد في الصحراء ، فلا يخلو إما أن يكون مما يمتنع عن صغار السباع كالإبل ، والبقر ، والخيل ، والبغال ، والحمير ، فلا يجوز التعرض لها . والدليل عليه حديث زيد بن خالد ، وما قاله رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقوله متبعٌ ، وفيه مَقْنع ، ولعل المعنىٰ أن هـٰذه الحيوانات لا يطرقُها الطارقون في الصحارىٰ إلا على الندور ، وهي ممتنعة من صغار السباع ، ويندر انتهاءُ كبار السباع إليها ، كالأُسْد والنمور ، وكأنها ليست ضائعة ، وقد يخطر للإنسان أن الحُمر ضعيفة لا تمتنع عن الذئاب ، ولـٰكن الأصحاب مجمعون علىٰ إلحاق الحُمر بالحيوانات الممتنعة عن صغار السباع .

٥٩٨٤ـ وأما الحيوانات التي لا تمتنع عن صغار السباع ، كالغنم ، والفُصلان ، والعجاجيل ، وما في معانيها ، فواجدها يأخذها . والأصل فيها قوله صلى الله عليه وسلم لما سئل عن الشاة : « **هي لك ، أو لأخيك ، أو للذئب** » ، ثم لواجد الشاة الانتفاعُ بها في الحال ، والقول في التعريف بعد الانتفاع بها ، علىٰ ما قدمناه في الطعام الذي يتسارع إليه الفساد ، وسيأتي في ذلك فضل بيان في أثناء الفصل، إن شاء الله تعالىٰ .

٥٩٨٥ـ فأما ما لا يؤكل من صغار الحيوانات كالجحش ، فكيف السبيل فيه ؟ وقد وجده من وجده في الصحراء ؟ الأصح أنه لا بد من تعريفه سنة ، بخلاف الشاة ؛ فإنها ملتحقة بالمطعومات ، والعاثر على الجحش لو كان يستديمه ، فهو مما يبقىٰ ، وإن كان يعسر استدامته ، فلا طريق إلى الانتفاع به .

ومن أصحابنا من ألحقه بالغنم ، وجوز تملّكه في الحال ، واستدل عليه بأن تعهده بالعلف مما لا تسمح به الأنفس من [غير][1] تملكه ، وفي منع تملكه في الحال تضييعُه وتركُه بالعراء في مضيعة الصحراء ، وأصل اللقطة أُثبت محافظةً على الأموال أن تضيع . هٰذا قولنا فيما يوجد في الصحراء .

٥٩٨٦ـ فأما ما يجده الإنسان في العمران ؛ فإنه ينقسم علىٰ حسب ما ذكرناه في الصحراء ، فمنه ما ليس بحيوان ، ومنه الحيوان .

فأما ما ليس بحيوان ، فينقسم إلىٰ ما يتسارع إليه الفساد ، وإلىٰ ما لا يتسارع إليه الفساد .

٥٩٨٧ـ فأما ما لا يتسارع إليه الفساد ، فهو اللقطة التي سبق وصفها ، وسبيلها أن تُعرّفَ سنةً، كما تقدم .

ثم القول في السبب المملك ما ذكرناه .

٥٩٨٨ـ فأما ما يتسارع إليه الفساد كالطعام ، فهل يجوز لمن يجده/ أن يبتدر أكله ٢٤٧ ش

(١) سقطت من الأصل .

إذا كان بيعه ممكناً ؟ فعلىٰ **قولين** : **أحدهما** ـ أنه يأكله ، وفي **بعض الكتب**[1] أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فيمن وجد طعاماً : « **أكله ، ولم يعرّفه** »[2] .

والقول الثاني ـ أنه لا يأكله ، بل يسعىٰ في بيعه ، ثم إن كان في الموضع حاكم ، فرفعت القصة إليه ، وباع الطعام ، فلا كلام .

وإن أراد الملتقط أن ينفرد بالبيع مع القدرة علىٰ مراجعة الحاكم ، ففي المسألة **وجهان مشهوران** : **أحدهما** ـ أنه لا يبيعه ؛ فإن التصرف بالبيع في الأموال التي غاب عنها ملاكُها إلى الحكام .

والوجه الثاني ـ أن الملتقط ينفرد ببيعها ، كما ينفرد بأخذها وتعريفها وتملكها ، والسبب في ذلك أن الشرع أثبت له التصرفَ في اللقطة على الموضوعات المعلومة في الشريعة .

التفريع : **٥٩٨٩ـ** إن حكمنا بأن واجد الطعام يأكله ، فالأصح أنه يجب عليه التعريف ، بخلاف ما لو وجد الطعام في الصحراء ؛ فإن التعريف في المفازة عسرٌ ، غيرُ مجدٍ ، وإذا استأخر التعريف بَعُد العثور علىٰ مستحق الحق ، والأمر في العمران علىٰ خلاف ذلك .

ثم إذا أوجبنا التعريف ، فالتعريف يعتمد ذكرَ بعض أوصاف الطعام ؛ فإنه المعرَّف ، وبذكره يتوقع العثور علىٰ مالكه .

٥٩٩٠ـ ثم هل يجب علىٰ معرِّفه أن يميِّز قيمته من ماله ، حتىٰ يقع التعريفُ ، والقيمةُ مُمَيَّزَةٌ ؟ فعلىٰ **وجهين** معروفين : أطلقهما الأصحاب : **أحد الوجهين** ـ أن ذلك واجب ، لتقومَ القيمة مقام المقوَّم ، ويصادفَ التعريفُ كائناً موجوداً خلفاً عن العين المستهلكة .

---

(١) في بعض الكتب : يقصد الإمام أبا القاسم الفوراني ، وإمامنا شديد الحط عليه ، وتضعيفه ـ وبخاصة ـ في النقل .

(٢) نقل الحافظ في التلخيص قول الإمام الرافعي في «التذنيب» عن هـٰذا الحديث : « الأكثرون لم ينقلوا في الطعام حديثاً ، بل أخذوا حكم ما يفسد من الطعام من قوله صلى الله عليه وسلم : هي لك أو لأخيك أو للذئب » . فأفهم أن هـٰذا ليس بحديث . ر . التلخيص : ٣/ ٧٥ ح ١٣٣٦ .

والوجه الثاني ـ أن ذلك لا يجب ، ولٰكن يعرِّف من يعرف ، والقيمةُ في ذمة من استهلك الطعام .

وقال **أئمة العراق** : التعيين في القيمة والتمييز من سائر أملاك الملتقط موجَبُه أن القيمة لو تلفت في مدة التعريف ، كان تلفها علىٰ حكم الأمانة ، وكان ينزل منزلة تلف العين المعرَّفة ، لو كانت باقية ، حتىٰ تلفت في مدة التعريف .

٥٩٩١ـ وهٰذا فيه بعض الخبط ، وسببه **شيئان** : **أحدهما** ـ إطلاق الأصحاب لذكر القيمة وتمييزها ، وهٰذا [يجرّ][1] إشكالاً في التصوير . **والآخر** ـ ضعفُ الوجه .

أما التصوير ، فوجه الغموض فيه أن الملتقط المستهلك للطعام لو ميز قيمة الطعام في قصده فعيَّنها في تقديره ،فهٰذا ليس بشيء ، وليس هو التعيين الذي ذكره الأصحاب ؛ فإن القيمة لا تتعين بمثل هٰذا من غير فرض يدٍ قابضة عن المتلِف الملتزِم ، والذي أراده الأصحاب بالتعيين ما **ذكره الصيدلاني** ، وكلٌّ واقفٍ على المراد من هٰذا الفصل ، قالوا : حقٌّ على الملتقط أن يسلّم القيمةَ إلى القاضي أو إلىٰ نائبه ، ثم يكون القاضي بمثابة يد المستحِق في إفادة التعيين ، وتفرض القيمة من طريق التقدير مملوكةً لمالك الطعام ، ثم إذا فرضنا/ تلفَ القيمة في مدة التعريف ، فيكون تلفُها بمثابة تلف العين المعرَّفة في مدة التعريف ، إذا كانت باقية . ٢٤٨ ي

هٰذا بيان ما يتعلق بالتصوير .

٥٩٩٢ـ أما ضعف الوجه ، فلا شك فيه ، فإن التزام القيمة من غير طالبٍ ومطالَبٍ بها في اللقطة[2] بعيد ، وليس في تمييزها احتياط لمالك الطعام ؛ فإن تبقية [الطعام][3] في ذمة الملتقط المستهلك للقطة أحوطُ لمالك اللقطة ، من تعريض حقه للسقوط بتقدير تلف القيمة .

ثم الأصحاب قالوا في التفريع علىٰ تمييز القيمة : القيمة قائمة مقام العين ، وليست مملوكة في الحقيقة لمالك اللقطة .

---

(١) في الأصل : جرّ .
(٢) (د١) ، (ت٣) : اللغة .
(٣) في الأصل : الضمان .

والقدر الذي ذُكر في ثبوت حكم التعيين ما صرح به العراقيون ، إذ قالوا : لو أفلس الملتقط ، وظهر مالكُ الطعام ، فهو أولىٰ بالقيمة المميَّزة على الصورة التي ذكرناها ، يستبدّ بها ولا يضارب الغرماء . وهـٰذا فيه بُعدٌ ، وسببه أنه مفرّعٌ علىٰ وجه بعيد .

٥٩٩٣ـ ثم الذي أراه في ذلك أن يتملك صاحب الطعام إذا ظهر القيمةَ المميَّزةَ له ، ويكون أولىٰ بتملكها بحق التعيين السابق ، ولو لم يتملكها ، وأعرض عنها ، لم يكن إعراضه عنها كإعراض المالك عن ملكه ، وتمكّنُه من التملك فيها بمثابة تمكن البائع من الرجوع إلى العين المبيعة بطريق فسخ البيع ، ولم يكن المبيع ملكاً له حالة الإفلاس ، ولـٰكنه أوْلىٰ به من الغرماء ، كذلك القول في القيمة .

٥٩٩٤ـ ولو انقضت السنة علىٰ شرط التعريف، والقيمةُ المميَّزةُ متروكةٌ في يد الحاكم ، أو في يد من عينه الحاكم مبقَّاةٌ علىٰ حق مالك اللقطة ، فإن لم يظهر ، ولم[1] يظهر المالك ، وتلفت القيمة ، سقطت العهدة بالكلية عن الملتقط المستهلك .

ولو لم يكن في الناحية حاكم ، فأراد الملتقط بسلطان الالتقاط أن ينصّب نائباً عن مالك اللقطة ، ويسلم [القيمة][2] إليه ، فيُنزله منزلة الحاكم لو كان . هـٰذا فيه احتمالٌ ، كما ذكرناه من الاختلاف في أن الملتقط هل يملك بيع الطعام ، إذا فرعنا علىٰ أنه يباع ؟ ثم هـٰذا الاحتمال يجري ، وإن كان في الناحية حاكم ، غيرَ أن البقعة إذا شغرت عن الوالي ، والتفريعُ علىٰ وجوب البيع ، فالملتقط يبيع وجهاً واحداً .

وإذا فرضنا خلوَّ المكان عن الوالي ، فلا يجري إنفاقٌ علىٰ ملك الملتقط [و][3] نصب نائبٍ عن مالك اللقطة حتىٰ يقبض القيمة التي يعتمدها التعريف ، بل الأمر محتمل مشكل في ذلك ؛ فإن ملك بيع مال الغير أمرٌ مفهوم ، وتمييز القيمة ، ونصب من يقبضها عن مالكٍ مجهول ، كلام فيه اضطراب بيّن . [وإنما][4] يظهر بعض الظهور إذا صدر قبضُ القيمة من والٍ ينوب عن الملاك الغُيَّب ، وإن كانوا مجهولين .

---

(١) كذا في النسخ الثلاث، فما وجه هـٰذا التكرار ؟ .
(٢) في الأصل : اللقطة .
(٣) زيادة اقتضاها السياق ، حيث سقطت من النسخ الثلاث . والله أعلم .
(٤) في الأصل : فإنما .

هـٰذا منتهى القول في ذلك .

٥٩٩٥ـ ولو عين القيمة على الوجه الذي يصح ، ثم أراد إبدالها ، لم يكن له ذلك ، وامتناع الإبدال من أول آثار التعيين الذي/ يهتدىٰ إليه . فأما إذا قلنا : بأن الطعامَ يباع ، وأمكن بيعه فنحصِّل ثمن الطعام أولاً ، ثم نفرض ابتداء التعريف ، فإذا مضت سَنةُ التعريف ، تملَّك الملتقط الثمنَ ، ولو تلف الثمن في مدة التعريف ، كان أمانةً ، ثم الثمن يسلَّم إلى الملتقِط إذا كان من أهل الالتقاط ، كما تُبقَّى اللقطة في يده لو كانت اللقطة مما لا يتسارع الفساد إليها .

٢٤٨ ش

هـٰذا كله إذا لم تكن اللقطة حيواناً .

٥٩٩٦ـ فأما إذا كانت حيواناً ، وصادفها ، وأخذها في أثناء العمران ، من القرىٰ والبلدان ، فقد جمع **صاحب التقريب ثلاثة أوجه** للأصحاب :

أحدها ـ أنه لا يأخذ الحيوان واجدُه ، فإنه ظاهر ليس عرضة للضياع . وإنما يثبت حق الالتقاط في متعرَّض للضياع .

وهـٰذا القائل لا يفصل بين الكبار من الحيوانات التي منعنا التقاطها في الصحراء ، وبين الصغار منها ، وأجرى الجميع في منع الالتقاط مجرى الكبار في الصحراء .

والوجه الثاني ـ أن الواجد يلتقط ما يجد من الحيوانات في العمران ، من غير فرق بين الكبار وبين الصغار ؛ فإن جميعَها عرضةٌ لأخذ الآدميين ، واحتوائهم ، وإذا أمكن اختزالها وتقدير تغييبها ، فالكل بمثابةٍ واحدةٍ ، وليس كذلك الصحارىٰ ؛ فإن طروق الآدميين فيها نادر ، والحيوانات منقسمة بالإضافة إلى السباع ، كما تقدم ، وإمكان التغييب يعمّ في العمران الصغارَ من الحيوانات والكبارَ .

والوجه الثالث ـ أن واجدَ الحيوان يلتقط في العمران ما يلتقطه في الصحراء ، ولا يلتقط ما يمتنع عليه التقاطه في الصحراء ؛ تمسكاً بظاهر حديث الرسول صلى الله عليه وسلم .

٥٩٩٧ـ ثم ذكرنا في صغار الحيوانات إذا صادفها واجدُها تفصيلاً ، وقسمناها إلى

المأكول ، كالشاة وإلىٰ ما لا يؤكل كالجحش ، فالشاة إذاً ملحقة بالطعام ، وقد مضى التفصيل في الطعام في العمران . وفي الجحش ، وما لا يؤكل التفصيلُ المقدم .

ومن سَلَّط علىٰ تعجيل التملك فيه ، فسببه تعذر العلف .

والرأيُ الظاهر أنه لا يتملكه قبل التعريف ؛ فإنا ألحقنا الشاة بالطعام للخبر ، ومن رأىٰ تعجيل التملك لضرورة العلف لا يصير إلىٰ هـٰذا المذهب في الحيوان الكبير ، إذا فرّعنا علىٰ جواز التقاطه في العمران ، فإنه يصير إلىٰ ما يصير إليه لمشابهة الصغير الشاةَ في الضعف ، وعدمِ الاستقلال .

٥٩٩٨- ثم إذا التقط حيواناً ، فلا خلاف أن مؤنة علفها[١] لا تكون على الملتقط ، وإنما هي علىٰ مالك اللقطة ، ثم الوجه في تحصيلها بيعُ جزءٍ من الحيوان ، وصرفُ الثمن إلى العلف ، وسائر المؤن ، فإن تمكنا من رفع الأمر إلىٰ قاضٍ ، فعلناه ، ثم إنه يفعل ذلك فعلَه لو كان يريد إمساك بهيمةٍ علىٰ مالكها .

وإن لم نجد حاكماً ، تولّى الملتقط ذلك بنفسه ، ولو أراد أن يتولاه مع وجود الحاكم ، ففيه **الوجهان** اللذان سبق/ ذكرهما . ي ٢٤٩

وكان **شيخي** يقول : يجوز أن تُلحِق ضرورةُ العلف وتوقعُ مسيس الحاجة إلىٰ أن تأكل الدابةُ [نفسها][٢] ـ الدابة[٣] بالطعام الذي يتسارع الفساد إليه ، حتىٰ يباع [ويَعْتُد][٤] ثمنُه، [ثم][٥] يفرض التعريف علىٰ حسب ما فرعناه في بيع الطعام، وهـٰذا حسن بالغ .

---

(١) كذا بضمير المؤنث ، وتوجيهه ميسور .
(٢) في الأصل : « تشبيها » .
(٣) الدابةَ : مفعول لقوله : تُلحق . والمعنىٰ أن ضرورة العلف ، والإنفاق على الدابة الملتقطة ، قد يستهلك قيمتها ، وهـٰذا معنىٰ « تأكل الدابةُ نفسها » وهـٰذا يجعلها تشبه الطعام الذي يتسارع إليه الفساد ، فتأخذ حكمه ، من جواز البيع وغيره .
(٤) ويعتُد : أي يصير حاضراً معدّاً . يقال : عتُد الشيء (بفتحٍ وضم) : أي تهيأ وحضر (المعجم ، والمصباح) وهي في نسخة الأصل : بعد .
(٥) ساقطة من الأصل .

وقد نجزت معاقد الكلام علىٰ أصناف اللقطة في البقاع المختلفة .

٥٩٩٩ـ ومما يجب إلحاقه بخاتمة الفصل الكلامُ في الفرق بين القليل والكثير ، وتصرف الأصحاب فيه ، فنقول أولاً : القليلُ الذي لا يتمول لقلته ، لا [لخسته][١] إذا صادفه الواجد ، فأخذه ، لا يتعلق به حكمٌ في تعريفٍ أو غيره . ولـٰكن الواجد يختص به ، وهـٰذا كالزبيبة يجدها ، وما في معناها ، وقد ذكرتُ في آخر كتاب البيع ما يجب اتباعه فيما يتموّل ، وما لا يتمول ، ويمكن أن يطرد في ذلك **لفظان** : **أحدهما** ـ الانتفاع ، وكل ما يقدّر له أثر في النفع ، وموقعٌ في هـٰذه الجهة ، فهو متموّل . وكل ما لا يظهر له أثر في الانتفاع ، فهو لقلته خارج عما يُتموّل . وهـٰذا مما قدمته .

ويمكن أن يقال : المتمول[٢] هو الذي يفرض له قيمة عند غلاء الأسعار ، والخارج عن التموّل هو الذي لا يفرض ذلك فيه .

٦٠٠٠ـ ثم ما لا يتموّل لا يصح بيعه ، لا بما يتموّل ولا بما لا يتمول . وصاحبه الظاهر أولىٰ به ، فلا يزاحَم عليه ، وله منع من يزاحمه .

ولو وهبه، فيظهر عندي تصحيح الهبة فيه ، علىٰ معنىٰ إحلال المتَّهِب محلَّ الواهب في الاختصاص . وهـٰذا محتمل لا أقطع به .

وإذا كنا نذكر الخلاف في هبة الكلب ، تعويلاً علىٰ حق الاختصاص ، فلا يبعد إجراؤه فيما ذكرناه . ويسوغ أن يقال : الهبة في الكلب تعتمد إمكان الانتفاع به ، ولا نفع فيما لا يتمول ، فيظهر إبطال الهبة .

٦٠٠١ـ ولو أتلف متلفٌ المقدار الذي لا يتمول ، وكان جنسه من ذوات القيم ، فلا شيء على المتلف ، كسلك من ثوب .

وإن كان المتلَف من ذوات الأمثال ، فقد ذكر [بعض][٣] الأصحاب خلافاً في أنه

(١) في الأصل : لجنسه .
(٢) هـٰذا هو اللفظ **الثاني** الذي يطرده ، قسيماً (لأحدهما) الذي ذكره في الأسطر السابقة .
(٣) ساقطة من الأصل .

هل يضمن له مثلَ ما أتلفه . ويخرّج عليه التردد الذي ذكرناه في الهبة ، والأظهر إبطال الهبة ، ونفيُ غرامة المثل .

٦٠٠٢ـ فإن أخذ الملتقط ما لا يتموّل ، استبد به ، ولا تبعة في الحال ؛ فإن ما يقتضيه سلطانُ الالتقاط [يزيد][(١)] علىٰ ما ذكرناه .

٦٠٠٣ـ فأما إذا كان الشيء المصادف متموَّلاً ، ولٰكن عُدّ يسيراً ، فللأصْحاب فيه تردد ، نأتي به علىٰ وجهه ، ثم بيان القول فيه يبين آخراً .

فإذا وجد الملتقط شيئاً يسيراً متموّلاً ، فمن أصحابنا من قال : هو كالكثير في جميع الأحكام ، فلا بد من تعريفه سنة ؛ فإن أحكام الأموال في هٰذه المنازل لا تختلف بالقلة والكثرة إذا كان الشيء مما يتمول .

ومن أصحابنا من قال : لا يجب تعريف/ الموجود سنة كاملة . ش ٢٤٩

وهٰذا فيما ذكره الأصحاب ظاهرُ المذهب . ووجهه أن الشيء الخطير لا يبعد توقُّع طلبه في مدة السنة ، والشيءُ الحقير قد ينعكس عليه فاقده علىٰ قربٍ ، فإن لم يجده بَعُد[(٢)] دوامُ الطلب فيه المدةَ الطويلة ، هٰذا حكم العرف .

فإن قيل : فلا توجبوا التعريف أصلاً ؛ فإن الحقير قد لا يطلب . قلنا : لا يمكن الحكم بهٰذا علىٰ طبقات الخلق ، فإن فيهم من يرجع علىٰ طلب ما نعتقده حقيراً .

فإن قيل : هلا أوجبتم التعريف سنةً ؛ إذ في الناس من يطلب ما نراه حقيراً مدة طويلة ؟ قلنا : ليس الأمر كذلك ؛ فإن طبقات الناس علىٰ خلاف المراتب يستوون في ترك إدامة الطلب في الحقير الذي لا يؤثر العاقلُ التعبَ الكثيرَ في طلبه ، ثم لهٰذا السؤال صار صائرون إلىٰ وجوب التعريف سنة علىٰ ما قدمناه .

٦٠٠٤ـ فإن قيل : إذا لم تُوجبوا التعريف سنة ، فما المعتبر عندكم ؟ وقد أوجبتم

---

(١) في الأصل : زِيدَ .

(٢) بَعُد : بفتح وضم . ومن عجبٍ أنها ضبطت في الأصل : بفتح الباء وسكون العين وفتح الدال . والأعجب من العجب أن هٰذه النسخة نادرة الضبط جداً ، وهي مع ذلك من أضبط النسخ وأصحها . ولٰكن لكل جوادٍ كبوة ، ولكل صارمٍ نبوة .

أصل التعريف ؟ قلنا : الذي تلقيناه من كلام الأصحاب في ذلك تحصره أوجه :

أحدها ـ أن مدة التعريف ثلاثة أيام . وهـٰذا تقريب لا بأس به . وفي **بعض التصانيف**[١] أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « **من التقط لقطة يسيرة ، فليعرّفها ثلاثة أيام** » . وهـٰذا إن صح معتمدٌ ظاهر .

ومن[٢] أصحابنا من لم يقدّر في ذلك مدة ، وقال : تعرف مدة يُظن في مثلها رجوعُ الفاقد علىٰ ذلك المفقود ، وهـٰذا يختلف باختلاف أقدار ما يندرج تحت اليسير .

وهـٰذا وإن كان مستنداً إلىٰ فقه الفصل ، فهو كلام مبهم ، لا يكاد يتحصل . ثم عبر الأئمة عن هـٰذا ، فقالوا : يعرّفه يوماً ، أو يومين ، ومنهم من قال : وأكثره ثلاثة أيام .

ومن[٣] أصحابنا من رمز إلىٰ أنه يكفي فيه التعريف مرة واحدة علىٰ شرط الإظهار .

وهـٰذا في نهاية الحسن ؛ فإن هـٰذا القدرَ يكفي في إخراج اللقطة عن حيز ما يُكتم ؛ فإنه لا ضبط بعده لمدة تذكر .

---

(١) هنا أمور نبينها على النحو الآتي :

أ ـ قوله : « بعض التصانيف » يقصد أبا القاسم الفوراني ، فهـٰكذا يعبّر عنه!! وقد أشرنا إلىٰ ذلك مراراً ، ولـٰكن نجدد العهد به هنا ؛ لأن الحافظ ابن حجر صرح بذلك في التلخيص ، حيث قال تعقيباً علىٰ هـٰذا الحديث : « قال إمام الحرمين في النهاية : ذكر بعض المصنفين هـٰذا الحديث ، وعنىٰ بذلك الفوراني ، فإنه قال : فإن صح ، فهو معتمد ظاهر » ا .هـ بنصه .

ب ـ إن إمام الحرمين لم يذكر هـٰذا الحديث قاطعاً به ، ولا معتمداً عليه ، ولـٰكنه قال عن التحديد بثلاثة أيام : « إنه تقريب لا بأس به » ثم أردف ذلك بذكر الحديث ، قائلاً : « إن صح ، فهو معتمد » .

ج ـ إن إمام الحرمين استخدم في الرمز إلىٰ ضعف الحديث ، أداة الشرط (إن) وهي تدل على الشك وعدم التوقع ، ولم يستخدم (إذا) .

د ـ الحديث رواه أحمد (٤/١٧٣) والطبراني ، والبيهقي (٦/١٩٥) عن عمر بن عبد الله بن يعلىٰ عن جدته . وقال عنه الحافظ : « لم يصح ، لضعف عمر » ا .هـ. ر . التلخيص :(٣/ ١٦٢ ح ١٣٧١) .

هـ ـ قلت : ألا يدرأ هـٰذا عن إمام الحرمين قول القائلين : « إنه كان لا يدري الحديث » ؟

(٢) هـٰذا هو الوجه الثاني في المسألة .

(٣) هـٰذا هو الوجه الثالث .

وهٰذا إنما يتجه لو لم يصح الخبر الذي ذكرناه .

٦٠٠٥ـ فإن قيل : لم تذكروا ضبطاً يُتمسك به في الفصل بين الحقير والخطير ؟ قلنا : ذكر أولاً **بعض المصنفين في ذلك ثلاثة أوجه** : **أحدها** ـ أن الحقير ما دون نصاب السرقة ؛ فإن ما دون ذلك تافه ، وقد قالت عائشة رضي الله عنها : « **كانت الأيدي لا تقطع في المال التافه ، علىٰ عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم** »[1] هٰذا وجه .

والوجه الثاني ـ أن التافه ما دون الدرهم ؛ فإن ما ينقص عنه مما يستوي طبقات الخلق في الحكم بتحقيره ، والدرهم التام قد لا يكون كذلك ، ثم لا ضبط للهمم ، فقد يستحقر الرجل المعظمُ المالَ العظيمَ في حق غيره .

ي ٢٥٠ **والوجه الثالث/** ـ أن الدينار ، فما دونه حقير ، وقد روىٰ **من ذكر هٰذه الأوجه** : **أن علياً رضي الله عنه وجد ديناراً ، فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم ، بأن يستنفقه ، ولم يأمره بتعريفه**[2] . وهٰذا لم أره في غير هٰذا التصنيف ، وفيه إشكال وهو إسقاط أصل التعريف ، ولم يصر أحد من أصحابنا إلىٰ إسقاط أصل التعريف ، وإن قل مقدارُ الملتقَط .

وقد يتجه خروج ذلك إن صح الأثر على الاكتفاء بالتعريف مرة واحدة .

فإن قيل : لم يجز التعريف مرة واحدة ؟ قلنا : ليس للتعريف لفظٌ يجب اتباعه ، وإنما الغرض شهر الأمر وإظهار القصة ، وهٰذا يحصل بمراجعة عليّ رضي الله عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، في الواقعة علىٰ رؤوس الأشهاد ، وحكمه صلى الله عليه وسلم فيها .

وكان **شيخي أبو محمد** لا يضبط اليسير بمقدارٍ ويأبىٰ أن يحتكم في التقدير من غير توقيف ، ويقول : الرجوع في ذلك إلىٰ ما يغلب على الظن أن مثله لا يطول من طبقات

---

(١) أثر عائشة رضي الله عنها رواه ابن أبي شيبة : ٩/٤٧٦، ح ٨١٦٣. وانظر التلخيص : ٢/١٦٢ ح١٣٧٢ .

(٢) حديث علي رواه الشافعي في الأم ٤/٦٧ ، وأبو داود : كتاب اللقطة، باب التعريف باللقطة، ح١٧١٤ ، ١٧١٥، وعبد الرزاق ١٠/١٤٢ ، ١٤٣، ح١٨٦٣٧ ، والبيهقي : ٦/١٩٤ . وانظر التلخيص : ٣/١٦٣ ح ١٣٧٣ .

الخلق طلبه ، وإن فُرِض طلبُ الفاقد له ، فلا يتمادىٰ أمدُ طلبه .

وهـٰذا الذي ذكره حسن في طريق المعنىٰ، وفَرْضُنا وراءه قائم في التقريب إن أمكن .

فَرْعٌ : ٦٠٠٦ـ إذا صادف الإنسان كلباً منتفعاً به، فقد ذكر **العراقيون** : أنه إذا صادفه في العمران ، وقلنا بالتقاط الحيوان فيه ، فإنه يعرّفه ، ثم يصير أولىٰ من غيره .

ولست أرى الأمر كذلك ؛ فإنه لا يتصور جريان الملك فيه ، وأحكام الالتقاط تثبت فيما يملك ، ثم [يعسر][(١)] التفريع علىٰ ما ذكروه؛ من جهة أن الملتقِط إنما يصير أولىٰ باللقطة بعوضٍ يلتزمه ، والكلب لا عوض له .

وإن قيل : يعتبر عوضه بمنفعته ، فعوض المنفعة لا تتقدّر من غير فرض مُدّة ، ثم يلزمهم طرد هـٰذا في الأعيان النجسة المنتفع بها ؛ فإنه يثبت فيها حق الاختصاص ، والكلب نجس العين ، فإن طردوا ما ذكروه في الأعيان النجسة ، كان بعيداً .

فَرْعٌ : ٦٠٠٧ـ من وجد لقطة في الحرم ، فقد ظهر اختلاف أصحابنا فيها : فمنهم من قال : لا سبيل إلىٰ تملكها ، واستدل بظاهر الحديث المشهور المأثور عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، إذْ ذكر الحرمَ ، وتحريمَ الله تعالىٰ له ، وقال في أثناء كلامه : « **لا يُنَفَّر صيدُها ، ولا يُعْضَدُ شجرُها ، ولا تَحِلّ لُقَطَتُها إلا لمنشد** »[(٢)] .

ومن أصحابنا من قال : من صادف لقطة في الحرم ، عرّفها ، وملكها علىٰ قياس اللقطة في سائر البلاد ، وتأويل هـٰذا الحديث عند هـٰذا القائل [قريب][(٣)] محتمل ؛ فإنه يقول : قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم وَهْمَ من يظن أن اللقطة في الحرم لا تعرّف أصلاً ، وقد يظن ذلك ظانٌّ فيما يَلقىٰ في المواسم إذا تفرق الحجيج مشرِّقين ، ومغرِّبين ؛ فإنه يبعد منهم أن ينعطفوا في طلب ما يفقدون ، وقد مَدّت/ المطيُّ ٢٥٠ ش

(١) في الأصل : يصير .

(٢) حديث : « لا تحل لقطتها . . . » رواه البخاري من حديث ابن عباس : اللقطة ، باب كيف تُعَرَّف لقطة أهل مكة، ح ٢٤٣٣ ، وأطرافه كثيرة ، وانظر مواضعها عند الحديث ١٣٤٩ ، وعن ابن عباس رواه مسلم : الحج باب تحريم مكة وتحريم صيدها وخلاها وشجرها ولقطتها إلا لمنشد على الدوام ، ح١٣٥٣ ، وعن أبي هريرة، ح ١٣٥٥ .

(٣) زيادة من (د١) ، (ت٣) .

أعناقها(١) ، وأخذت أصوابَها ، فأبان رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه لا يجوز ترك الإنشاد ؛ حملاً علىٰ ما نبهنا عليه .

ويجوز للقائل الأول أن يقول : ذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم تحريمَ اللقطة في سياق ذكْرِه خصائص الحرم وما يتعلق به من تحريمٍ وتعظيمٍ ، وليس في كلامه ما يشعر بالتعرض للمواسم ومزدحم الخلق . ثم هـٰذا لا يختص بالحرم ، بل يمكن فرضه في كل بقعة يجتمع عليها سَفْرٌ(٢) ، ثم ينقلبون .

فصل

٦٠٠٨ـ قد ذكرنا أصل الالتقاط وأنه واجب ، أو مستحب ، أو مباح ، وقد تردد **نص الشافعي في الإشهاد على الالتقاط** ، فدل بعضُ مجاري كلامه علىٰ إيجاب ذلك ، وقد اختلف أصحابنا فيه :

فمنهم من قال : يجب الإشهاد ، وهو مذهب **أبي حنيفة**(٣)، وفي بعض **التصانيف** ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « **من التقط لقطة ، فليشهد عليها** »(٤) وهـٰذا إن صح متعلق قوي .

ومن أصحابنا من قال : الإشهاد احتياط ، وهو غير واجب ، وهو مذهب **أبي يوسف** ، وتعليله أن الالتقاط تردد بين الأمانة والكسب ، ولا يجب الإشهاد عليهما

---

(١) « مدت المطي أعناقها » كناية عن السرعة في السير .

(٢) السفْر : بسكون الفاء : المسافر للواحد والجمع .

(٣) ر . مختصر الطحاوي : ١٤٠ ، المبسوط : ١١/ ١٢ ، البدائع : ٦/ ٢٠١ ، تبيين الحقائق مع حاشية الشلبي : ٣/ ٣٠١ ، ٣٠٢ ، الاختيار : ٣/ ٣٢ . وانظر هنا أيضاً مذهب أبي يوسف الذي سيشير إليه الإمام .

(٤) حديث الإشهاد على اللقطة رواه أبو داود : اللقطة ، التعريف باللقطة ، ح ١٧٠٩ ، والنسائي في الكبرىٰ : اللقطة ، باب الإشهاد على اللقطة ، ح ٥٨٠٨ ، وابن ماجه : اللقطة ، باب اللقطة ، ح٢٥٠٥ ، وابن حبان : ٧/ ١٩٩ رقم : ٤٨٧٤ ، والبيهقي في الكبرىٰ : ٦/ ١٩٣ ، والطحاوي في معاني الآثار : ١٣٦ ، والطبراني في الكبير : ٩٨٥ ، ٩٨٩ ، ٩٩٠ ، ٩٩١ . والحديث صحيح كما قال ابن الملقن في البدر المنير : ٧ / ١٥٣ ، وانظر التلخيص : ٣/ ١٦١ ح١٣٧٠ .

جميعاً ، والخبر إن صح محمولٌ عند هٰذا القائل على الاستحباب ، كقوله تعالىٰ : ﴿ وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ ﴾ [البقرة : ٢٨٢] .

٦٠٠٩ـ ثم من أراد الإشهاد ، ورآه مستحقاً أو مستحباً ، فإنه لا يشترط وصف اللقطة بكمالها للشهود ، أو إظهارها لهم؛ من قِبل أنه لو فعل ذلك ، لم يأمن أن يجرّ ذلك لَبْساً ، وخبلاً ، بأن يذكر للشهود الوصفَ ويواطئوا شخصاً حتىٰ يصف اللقطة ويدّعي الملك فيها ، وهٰذا يظهر إذا قلنا : يجب ردّ اللقطة اعتماداً على الوصف ، ولا نأمن أن يشهد أولـٰئك له بالملك عن مواطأة ؛ فإذاً الوجه الاقتصارُ علىٰ بعض الوصف .

ومن أصحابنا من قال : يكفي أن يُشهد علىٰ أنه وجد لقطةً من غير أن يتعرض لشيءٍ من الأوصاف . وهٰذا ساقطٌ عديمُ الفائدة . فإن قيل : أتحرّمون ذكرَ تمام الوصف ، أم تكرهونه ؟ قلنا : ما نرى الأمر ينتهي إلى التحريم في ذلك .

فَرْعٌ : ٦٠١٠ـ إذا التقط لقطة، فجاء إنسان ، ووصفها بصفاتها ، فإن غلب على الظن صدقُ الواصف ، فله أن يسلّمها إليه . وظاهر المذهب أنه لا يلزمه التسليم ، حتىٰ يقيم البيّنة .

وإن لم يغلب علىٰ ظن الملتقط صدقُه ، وجوز كذبَه مع الإحاطة بالأوصاف عن قرينةٍ ، فلا ينبغي أن يسلمها إلى الواصف ، وقد رأيت في هٰذا تردداً في جواز التسليم .

والظاهر عندي أنه لا يسلِّم ما لم يغلب علىٰ ظنه صدقُه ، فلو سلمه إليه عند الغلبة ، ثم ثبت أن المستحِق غيرُه ، وأقام المستحِقُّ بينةً ، فله أن يطالب من شاء ، فإن طالبَ الآخذ الواصفَ ، وكانت العينُ تالفةً ، وغرّمه القيمة ، فلا يجد به[1] مرجعاً على الملتقط .

ولو غرَّم المستحقُّ الملتقطَ ، فلا يخلو إما إن كان/ أقر ابتداءً بالملك للواصف ، أو لم يقر له ، ولـٰكن اقتصر علىٰ ظاهر الرد ، فإن أقر له بالملك ، لم يرجع عليه إذا ٢٥١ ي

(١) كذا في النسخ الثلاث بضمير المذكر.

غرِم ؛ فإنه مُؤاخذ بموجب إقراره المتقدم . وإن لم يقر بالملك لمن ردّ عليه ، فإذا غرَّمه المستحِقُّ ، رجع بما غرِم له على المردود عليه ؛ فإن قرار الضمان علىٰ من تلفت العين المضمونة في يده .

فَصْلٌ[1]

٦٠١١ـ إذا انقضت سنةُ التعريف ، وتملّك الملتقطُ اللقطةَ ، فإذا ظهر مالكها ، فهل يكون أوْلىٰ بعين اللقطة ؟

فيه اختلاف بين الأصحاب ، ذكرنا مثله في القرض. فمن استقرض شيئاً ، ولم يخرجه ، ولم يتصرف فيه ، فأراد المقرض الرجوعَ في عينه ، وقال المستقرض : أردّ بدله ، فهل يجاب المقرض إلىٰ مُراده ؟ فيه خلاف قدمتُه في موضعه .

ومأخذ الملك في اللقطة كمأخذ الملك في القرض، غير أن الاستقراض مبني على الإقراض[2] ، والملك يحصل في اللقطة من غير تمليك من مالكها ، ثم إذا ظهر المالك ، كان كحضور المقرض .

٦٠١٢ـ ثم إذا عابت اللقطة بعد التملك ، فإن قلنا : لا يملك الرجوع في عينها ، فيطالِب بالبدل . وإن قلنا : يملك الرجوع في العين ، فلو كانت عابت بعد التملك ، كما ذكرنا ، فإنه يسترجع العينَ ، ويغرِّم الملتقطَ أرش النقص ؛ فإن العين لو تلفت ، لكانت مضمونة بقيمتها ، فإذا عابت ، كانت مضمونة بالأرش .

وإذا كنا نفرّع علىٰ أنه أوْلىٰ بعين اللقطة ، فلو كانت سليمة ، فأراد أن يطلب بدلَها ، لم يجبه الملتقط إلىٰ مراده ، فإذا عابت ، فقال : لست أستردها ، وقد عابت ، وأرجع إلى البدل، وقال الملتقط : بل أردُّ العينَ ، وأغرَم أرش النقص ، فقد ذكر الأئمةُ في هـٰذا خلافاً: فمنهم من قال: ليس له إلا الرجوع في العين الناقصة مع أرش النقص .

ومنهم من قال : له الرجوع إلى البدل ؛ فإن العيب قد لا يقف ، ويسري .

---

(١) في (د١) ، (ت٣) : (فرع) مكان (فصل) .

(٢) أي أن تملك القرض مبنيٌّ على تسليم المقرِض.

ومن غصب عيناً فعابت في يده عيباً لا سريان له ، فليس للمغصوب منه إلا استرداد العين ، وتغريم الغاصب أرش النقص ، وفي مسألتنا الخلاف الذي ذكرناه يتعلق بنقص يد ثابتةٍ شرعاً متعلقةٍ بحق في الاختصاص ، فكان الخلاف لذلك .

فَرْعٌ : ٦٠١٣ ـ قال **صاحب التلخيص** : من وجد بعيراً في الصحراء ، فقد ذكرنا أنه لا يحل له أخذها[1] . ثم استثنىٰ من هـٰذا مسألة ، وهي أن يجد الرجل بعيراً في أيام منىٰ ضالاً في الصحراء ، وهو مقلَّد بما يقلّد به الهدايا ، فظن الواجد أنه هديٌ شرد عن صاحبه . قال : **نص الشافعي** علىٰ أن له أن يأخذه ، فإن خاف فوات أيام النحر ، فله أن ينحره[2] .

قال **الشيخ أبو علي** وأئمة المذهب : هـٰذا الذي ذكره **صاحب التلخيص** ، فهو مصدق في نقله . ولـٰكن ذكر بعض أصحابنا قولاً آخر : إنه لا يأخذه ، ولا يحل له أخذه ؛ بناءً علىٰ ما ذكرناه من أنه لا يجوز التعرض لكبار البهائم في الصحراء .

وكان **الشيخ القفال** يُخرِّج هـٰذين القولين علىٰ أن من وجد بدنة/ منحورة ، ورأىٰ ميسمَها قد غُمس في دمها ، وضُرب به غاربها ، فهل يحل له الأكلُ بناءً علىٰ هـٰذه العلامة ، وعلىٰ شعار الإشعار ؟ والهدي المسوق إذا كاد أن يعطب ، يُفعل به هـٰذا ؛ دَلالةً علىٰ أنه مأكول . ففي جواز الأكل اعتماداً علىٰ هـٰذه العلامات **قولان** مذكوران في كتاب الحج ، وله نظائر . كذلك الهدي المقلّد بما يقلد به الهدايا عليه العلامة ، والظاهر أنه خُلِّف لانقطاعه عن المسير . ٢٥١ ش

٦٠١٤ـ والضحية المعيّنة لجهة التضحية إذا ذبحها في أيام الذبح من ظفر بها ، وقعت مجزئةً ، وإن لم يصدر الذبح عن [إذن][3] صاحبها .

وهـٰذا فيه بعض النظر ؛ فإنا وإن حكمنا بأن التضحية وقعت موقعها ممن ليس مأذوناً فيها ، فلا يجوز الإقدام عليها .

---

(١) كذا بضمير المؤنث، فلفظ (البعير) يقع على الذكر والأنثى. (المصباح).
(٢) ر . التلخيص لابن القاص : ٤٣٠ .
(٣) ساقطة من الأصل .

وصاحب التلخيص استثنىٰ هٰذه المسألة وحكم فيها بجواز الأخذ والنّحر ، كما وصفناه .

وهٰذا قد لا يشبه المنحور الذي علىٰ غاربه العلامة التي وصفناها ؛ فإن تلك العلامة تثبتُ مسلِّطةً علىٰ جواز الأكل منها ، ولم يثبت في مسألتنا علامة تسلط علىٰ جواز الذبح ، مع جواز أن هٰذه البدنة شردت عن الرفاق ، وامتنع عليهم أن يلحقوها ، فغاية الإمكان أن تُقدَّر أنها خُلِّفت ، ولم تُنحر قصداً لضعفها عن المسير قبل أيام النحر .

فهٰذا منتهى الإمكان في ذلك ، مع التنبيه علىٰ ما فيه .

٦٠١٥ـ وقد يستثنىٰ عن تحريم أخذ البدنة جواز أخذها علىٰ قصد الرد علىٰ مالكها . وهٰذا يخرّج علىٰ **الوجهين** اللذين ذكرناهما فيه ، في أن من وجد مالاً ضائعاً ، فأراد أن يأخذه محتسباً ليرده علىٰ مالكه ، فهل له ذلك أم لا ؟ وفيه الخلاف الذي مهدناه فيما تقدم .

* * *

باب
يجمع فصولاً في الجعالة[١]

٦٠١٦ـ ذكر المزنيُّ فصولاً في آخر هـٰذا الكتاب في أحكام الجعالة ، ونحن نضبط قواعدَها ، ونبين طريقها وتحقيقها ، فنقول أولاً :

هـٰذه معاملة أُثبتت ، واحتُمل فيها جهالةٌ لمسيس الحاجة إليها ، وسميت جِعالة لما فيها من ذكر الجُعل . ووجهُ مسيس الحاجة إليها أن العبد إذا أَبِق ، والبهيمةَ إذا شردت ، ومست الحاجة إلىٰ ردها ، فقد[٢] لا يستقل به صاحب الواقعة ، ولا يسمح به من يتمكن منه . والغالب وقوع هـٰذه الوقائع عند الجهل بمكان العبد الآبق ، والجهةِ التي أخذ [فيها][٣] ؛ وإذا كنا نحتمل جهالةَ القراض توصّلاً إلىٰ تحصيل الأرباح من غير اضطرار وإرهاق إليها ، فجهالة الجعالة أولىٰ بالاحتمال .

ثم أثبت الشارع هـٰذه المعاملة جائزةً ، علىٰ ما سنصف ذلك فيها ؛ فإن منتهاها غيرُ معلوم ، وكل ما كان كذلك ثبوته على اللزوم بعيد ، كما ذكرناه في القراض ، بخلاف المساقاة والإجارة ؛ فإن المقصود منهما مضبوط ، كما تقدم ذكر ذلك/ . ولا تُحتمل الجَهالة في الجُعل المسمىٰ ؛ من جهة أنه لا حاجة إلى احتمالها ، كما وصفنا القول في ذلك ، فليكن الجُعل في هـٰذه المعاملةِ علىٰ قياس الثمن المذكور ، والأجرةِ المسماة ، ويُحتمل ما وراء ذلك من غررٍ . ٢٥٢ ي

٦٠١٧ـ ثم الجعالة تُتصور علىٰ وجهين : **أحدهما** ـ أن تُعلَّق بمخاطب معيّن . **والآخر** ـ أن تُبهَم ، ولا يُعيَّنُ فيها عاملٌ مخصوص .

---

(١) الجعالة : بكسر الجيم ، وبعضهم يحكي التثليث فيها (المصباح) .
(٢) في جميع النسخ : وقد .
(٣) في الأصل ، (د١) : منها . و«أخذ فيها» : أي انطلق، وأوغل ضارباً فيها.

وصورة تعليقها بمعيّن أن يقول قائلٌ لشخصٍ : إن رددتَ عليّ عبدي ، فلك دينار . أو يقولَ : رُدّ عليَّ عبدي ، ولك دينار ؛ فتصبح المعاملةُ كذلك ، علىٰ صيغة الشرط ، وعلىٰ صيغة الأمر .

ثم لم يشترط أئمة المذهب القبولَ من المعيَّن للعمل ، واكتفَوْا بصدور الشرط من الجاعل .

وهٰذا فيه بعض الاحتمال ، وهو بعينه كما ذكرناه فيه ، إذا قال (١) لمن يوكِّل : « بع عبدي هٰذا » ، فقد أوضحنا أن الظاهر أن القبول لا يشترط في هٰذه الصيغة ، وإنما التردّد ، فيه إذا قال (١): وكلتك بيعَ هٰذا العبد ، فيحتمل أن يقال : إذا قال الجاعل لمن يخاطبه : جعلت لك علىٰ رد آبقي ديناراً ، فاشتراط القبول هاهنا لا يبعد أن يخرّج على الخلاف الذي ذكرناه في الوكالة .

وبالجملة الجعالة المعلّقة بمعيّن لا يمتنع أن تكون كالوكالة في اشتراط القبول ، ولا يمتنع مع ما ذكرناه الفرقُ ؛ من جهة أن الوكالة لا تحتمل إبهام الوكيل المستعمل ، والجعالة تحتمل ذلك ؛ فإنه لو قال : أذنت لكل من أراد في بيع عبدي هٰذا ، لم يصح التوكيل علىٰ هٰذا الوجه . ولو قال : من رد عليّ عبدي الآبق ، فله كذا ، صحت الجعالة علىٰ هٰذا الوجه . .

فهٰذا ما أردناه .

٦٠١٨ـ ثم قد أوضحنا أن الجهالة احتملت في الجعالة لمسيس الحاجة ، فلو فرضت الجعالة ، حيث لا جهالة ، مثل أن يقول القائل لمن يخاطبه : إن خطت ثوبي هٰذا ، فلك كذا ، أو أبهم ، فقال : من خاط ثوبي هٰذا ، فله درهم ، ففي صحة الجعالة حيث لا جهالة ، ولا حاجة إلى احتمالها **وجهان** . والضابط لمحل الخلاف أن ما أمكن الاستئجار عليه على الشرائط المذكورة في الإجارة ، ففي عقد الجعالة فيه ما ذكرناه ، والأصح منعُ الجعالة إذا أمكنت الإجارة .

٦٠١٩ـ ثم من حَكم بالجعالة حيث تصح ، قال : إن المجعول له لا يستحق من

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (د١) .

الجُعل شيئاً ما لم يتم العمل . هـٰذا متفق عليه ، حتىٰ لو ردّ العبدَ الآبق من مسيرة فراسخ إلىٰ قرب البلدة ، ثم سيَّبه ، أو تركه علىٰ مكانته مقدوراً عليه ، ولم يردّه ، فلا يستحق مما سمي له شيئاً ، ولا يستحق ـ والحالة هـٰذه ـ أجرَ المثل أيضاً ؛ فإن موضوع هـٰذه المعاملة علىٰ تحصيل تمام المقصود من العمل ، فإذا لم يحصل ، لم يثبت للعامل استحقاقٌ .

هـٰذا إذا أضرب العامل قصداً .

ويتصل به ما لو عسُر عليه إتمام العمل ؛ فإنه لا يستحق الجُعْلَ ، وإن لم يقصِّر وفاقاً ، وكذلك القول فيه إذا مات العبدُ في الطريق .

والجملة أن تمام العمل لا بد منه ، ولا يحصل استحقاقُ جزء من الجُعل دونه .

٦٠٢٠ـ ولو فسخ الجاعل الجعالة/ ، انفسخت ، ولـٰكن إن جرى الفسخُ علىٰ علمٍ من المجعول له قبل الخوض في العمل ، فقد ارتفعت المعاملة . ٢٥٢ ش

ولو خاض المجعول له في العمل ، أحبطنا عمله . وهـٰذا علىٰ قياس فسخ القراض قبل الخوض في العمل .

ولو عمل العامل بعض العمل ، وكان متمادياً إلى استتمامه ، ففسخ الجاعل ، نفذ فسخُه ، وفائدة نفوذه سقوطُ الجعل المسمىٰ بالكلّيّة ، ولـٰكن لا يحبَط عمل العامل ، وله أجر مثل عمله .

وقد ذكرنا نظير ذلك في القراض .

وهـٰذا هو الذي يليق بمصلحة المعاملة . أما سقوط الجعل ، فلثبوت الجواز من الجانبين ، وأما منعُ إحباط عمله ، فسببه أن يثق العامل بالخوض في عمله ، ولو لم يكن كذلك ، لما حصلت الثقة ، ولما رغب العامل في تعريض عمله للإحباط .

ولو فسخ الجاعل المعاملة من حيث لم يشعر العامل ،فهـٰذا لا يبعد تخريجه علىٰ أن الوكالة هل تنفسخ علىٰ غيبة من الوكيل قبل أن يبلغه الخبر ؟ والظاهر أن الجعالة تنفسخ في مسألتنا ؛ فإن مقتضاها ما ذكرناه من الجواز ، وقبول الجهالة . والله أعلم .

٦٠٢١ـ فهـٰذه صيغةٌ في الجعالة معلقة بمعيّن مخصوصٍ ، ويجوز فرضها مع

شخصٍ واحد ، ومع أشخاصٍ معينين ، فإذا قال لنفرٍ : إن رددتم عليّ عبدي الآبق ، فلكم كذا ، فإذا ردّوه ، واشتركوا في رده ، استحقوا الجُعل . ثم ظاهر كلام الأصحاب أنهم إذا كانوا ثلاثة وردّوا العبدَ ، فالجعل مفضوضٌ عليهم ، نظراً إلى الرؤوس ، دون أقدارِ الأعمال ؛ وذلك أن العمل في أصله مجهول ، فلا يمكن رعاية مقداره في الفضّ والتقسيط .

وليس يبعد عن قاعدة المذهب أن نقول : الجعل إنما يدفع إليهم عند تمام العمل ، وإذا تم ، فقد انضبط العمل ، وتبين ما صدر من كل واحد؛ فيجوز أن يُفضَّ الجُعل علىٰ أقدار أُجور أمثالهم .

٦٠٢٢ـ ومن حُكم الجعالة أن العمل إذا تم ، استقر الجُعل ، ولزم لزوماً لا يُدرَأ ، وانتهىٰ بانتهاء العمل مقتضى الجواز ، وسلطان الفسخ .

٦٠٢٣ـ والأصل المقصود في الجعالة الذي منه ينشأ الإشكال على الناظر ما نصفه ، ونبيّن ما فيه علىٰ تدريجنا في محاولة البناء .

فإذا قال القائل لمن يخاطبه : إن رددت عبدي الآبق ، فلك دينار ، فهـٰذا في ظاهره يقتضي استدعاءَ العمل من المخاطب دون غيره . وهـٰذا يتأكد في صيغة الشروط ؛ فإن المطلق منها ما يقع التعرض له على التعيين ، حتىٰ يمتنعَ قيامُ غيره مقامه .

ولـٰكن المعاملات تُبنىٰ علىٰ مقاصد الخلق ، لا علىٰ صيغ الألفاظ ، لاسيّما إذا عم العرف في بابٍ ، فهو المتبع . ومما نعلمه من مقصود الخلق في هـٰذه المعاملة أن من قال لمعيّن : إن رددت عبدي ، فلك كذا ، فقد لا يستمكن المعيّنُ من تعاطي ذلك بنفسه على الانفراد ، والغالب أن حاجته تمس إلى الاستعانة بغيره ، فلا معنى/ لحمل اللفظ علىٰ قصر العمل في المخاطب ، ولـٰكن يتعيّن حمله علىٰ تحصيل المقصود ، والسعي فيه بأي وجهٍ أمكن ، حتىٰ لو استعان العامل بمن أراد بأجرة يبذلها ، أو بأن يتبرع عليه المستعان بالإعانة ، فإذا حصل المقصود ، فلا نظر إلىٰ جهات العمل بناءً علىٰ مقصود الباب .

ي٢٥٣

وقد قال الشافعي : إذا عيّن الجاعل شخصاً في عمل الجعالة ، فأعانه آخر ، قلنا

للعامل : ماذا أردتَ بعملك ، ومن أردته به ؟ فإن زعم أنه أراد إعانة العامل متبرعاً ، فللعامل تمامُ الجُعل ، نظراً إلىٰ ما مهدناه الآن . وإن زعم أنه قصد إعانة الجاعل فنفضُّ الجُعلَ عليهما ، ونُسقط منه قدراً ، ثم يعترض الفض على الرؤوس أو علىٰ أقدار الأعمال ؟ والظاهر عندنا في هـٰذا المقام الفض علىٰ أقدار الأعمال، والله أعلم .

٦٠٢٤ـ ومما يتعلق بالقاعدة التي نحن فيها أنه إذا قال لزيد : رد عبدي الآبق ، ولك عشرون درهماً ، وقال لرجل ثانٍ: ردّ عبدي ، ولك ثلاثون ، وقال لثالث : رُدّ عبدي ولك ستون ، فإذا اشتركوا في العمل وردوا العبد ، فلكل واحدٍ منهم ثلثُ الجعل الذي سمي له ، **نصَّ الشافعي** علىٰ ذلك .

فإن قال قائل : ينبغي ألا يستحق واحدٌ منهم شيئاً ؛ فإنه علق استحقاق كل واحدٍ لما جعله له بأن يُتم العمل ، ولم يتم واحدٌ منهم العملَ ، ولم يعلق المعاملة بهم ، على الاشتراك ، ولم يقل : إن رددتم ؟

قلنا : هـٰذا خارج على الطريقة التي ذكرناها في اتباع المقصود وتحكيمه في الغرض المطلوب من غير رجوعٍ إلىٰ صيغة اللفظ ؛ فهـٰذا مبنى الباب ، وهو متفق عليه بين الأصحاب .

ولا حكم لبعض العمل فيها ، قبل حصول المقصود ، كما ذكرناه في ترك العامل عملَه في أثناء الأمر ، وإذا حصل المقصود، فهو الأصل ، وعليه التعويل .

هـٰذا كله إذا علّق المعاملة بمعينين .

٦٠٢٥ـ فأما إذا أبهم الشرط ، ولم يعيّن ، وقال : من رد عليّ عبدي الآبق ، فله دينار ، فالمعاملة تصح علىٰ هـٰذا الوجه اتفاقاً ، وسببه ما قررناه من بناء العمل على المقصود ؛ فإن الرد قد لا يتمكن منه معيّن ، ومن يقدر عليه لا يكون حاضراً ، فإذا أشاع في الناس اشتراطَ الجُعل ، واستوىٰ فيه من شهد ، ومن غاب ، ترتب عليه حصول الغرض . وهـٰذا حسنٌ في بابه .

ولا يلزم مثله في القراض ؛ فإن تعيين العامل ثَمَّ ممكنٌ ، والغالب مسيسُ الحاجة إلىٰ إبهام العامل في الجعالة .

ولو قال : من رد عبدي ، فله دينار ، فتبرع إنسان بردّه ، وما كان بلغه ذكرُ الجُعل على الردّ ، فلا يستحق الرادُّ المتبرع شيئاً .

ش ٢٥٣ ولو رد إنسان العبدَ ، وبنىٰ عملَه علىٰ أنه يستحق الأجرة علىٰ كدِّه ، وقد يعتقد/ ذلك كثير من الناس في العادات ، ويرَوْن أن حق عملهم ألا يحبَط ، فإذا جرى الرد علىٰ هـٰذا القصد ، وقد سبق من صاحب العبد ذكرُ جُعلٍ على الإبهام في العامل ، فهـٰذا مما تردد فيه شيخي ، إذ طُرحت عليه المسألةُ ، وزعم أن ثبوت الجُعل للرّادّ ممكن ؛ فإن لفظ الشرط على الإبهام قد شمله بشيوعه وعمومه ، وقد حصل المقصود بالرّد .

٦٠٢٦ـ والظاهر عندنا القطعُ بأنه لا يستحق شيئاً ؛ فإنه لم يخصَّص بالمعاملة تعييناً . ولم يبلغه لفظُ الجاعل علىٰ مقتضى العموم ، وإذا انتفى الأمران ، تجرد عملُه عن [العوض][(١)] .

وسر الباب أنا إنما احتملنا إثبات الجُعل مع إبهام العامل ليشيع اللفظُ في الناس ويستحثهم الجُعْل علىٰ إتمام العمل ، وتحصيل المقصود ، حتىٰ كأن شيوع الخبر فيهم في دُعائهم إلىٰ تحصيل المقصود ينزل منزلة تعيين العامل وتخصيصه بالمعاملة . فإذا وقع [العمل][(٢)] من غير تعيينٍ ، ولا بلوغِ خبرٍ ، كان خارجاً عن الضبط بالكليّة .

٦٠٢٧ـ ولا ينبغي أن يعتقد الفقيه في مسائل هـٰذا الباب فرقاً بين أن يذكر الجاعل لفظَ الشرط ، فيقول : إن رددتَ ، وبين أن يقول : رُدَّ عليّ ، ولك دينار ؛ فإن الأمر معه معنى الشرط ، ولهـٰذا نجزم جوابَه بالعربية جَزْم الجزاء ، فإنك تقول : ائتني أُكرمْك ، كما تقول : إن أتيتني أُكرمْك .

٦٠٢٨ـ ولو أثبت الجاعل جُعلاً مجهولاً ، أو أثبت مكان الجُعل خمراً أو خنزيراً ، فإذا عمل العامل ، استحق أجر المثل .

ولو ذكر الجاعل ثوباً معيناً ، وكان مغصوباً ، أمكن تخريجه علىٰ جَعْل المغصوب صداقاً ، أو بدلاً في الخلع حتىٰ يخرّج علىٰ قولين في أن الرجوع إلىٰ قيمة ما يقابل

---

(١) في الأصل : التعلق .

(٢) في الأصل : العامل .

الجُعل ، وهو أجر المثل في هـٰذه المعاملة ، أو إلىٰ قيمة العوض المسمىٰ .

ويمكن أن يقال : نقطع هاهنا بثبوت أجر المثل ؛ فإن العوض ركنٌ في المعاملة ، بخلاف الصداق، والعلم عند الله تعالىٰ .

٦٠٢٩ـ ولو قال الرجل لإنسانٍ : رُدّ علي عبدي الآبق ، ولم يسمّ له شيئاً ، فإذا ردّه هل يستحق عليه أجرَ المثل ؟ هـٰذا يخرّج علىٰ ما مهدناه في الإجارة فيه إذا استعمل رجلاً في غسلِ ثوبٍ ، أو خياطته ، أو ما عنّ له من المقاصد ، ولم يذكر له أجراً ، وفيه الاختلاف المعروف بين الأصحاب .

٦٠٣٠ـ ولو لم يستعمل أحداً ، ولـٰكن ردّ العبدَ رادٌّ من غير إذنٍ من المردود عليه ، فإنه لا يستحق عندنا شيئاً ، خلافاً **لأبي حنيفة**[1] ، ولا فرق بين أن يكون/ الرادُّ معروفاً ٢٥٤ ي برد الإباق متعرّضاً لهـٰذا الشأن ، وبين ألا يكون كذلك ، فلا يستحق شيئاً إذا لم يذكر صاحبُ العبد جُعلاً ، ولم يستعمل في رد العبد أحداً .

ومن يَرُدّ العبد من غير أمرٍ هل يصير ضامناً للعبد بإثبات اليد عليه ؟ فعلىٰ **الوجهين اللذين** ذكرناهما في أخْذ الرجل المالَ علىٰ قصد الرد إلى المالك .

* * *

---

(١) ر . مختصر الطحاوي : ١٤١ ، المبسوط : ١١/١٧ ، البدائع : ٦/٢٠٣ ، مختصر اختلاف العلماء : ٤/٣٥١ مسألة : ٢٠٤٩ ، الاختيار : ٣/٣٥ .

باب[(١)]
التقاط المنبوذ

٦٠٣١ـ وصل **الشافعي** هـٰذا البابَ بمنقرض اللقطة لمّا كان فيها التقاطٌ ، والغرض منه الكلامُ في أخذ الصبي الضائع الموضوع في قوارع الطرق ، على الاعتياد فيه .

وللصبي الضائع اسمان مأخوذان من طرفي حاله ، فيسمى المنبوذ ؛ أخذاً من نبذه وطرحه ، ويسمى اللقيط أخذاً من لقْطه وأخذه .

ثم الحكم الكلي فيه أنه إذا وُجد صبي في مضيعة ، افتُرض على الكافة كفايتُه ، والقيامُ بما يصلحه ، ويقيه عن الهلاك ، فإن قام بذلك قائم ، سقط الفرضُ عن الكافّة بقيامه ، وإن لم يقم به أحدٌ حتىٰ ضاع ، حَرِجَ أهلُ الناحية ، علىٰ تفاصيلَ سنذكرها ، إن شاء الله تعالىٰ ، في فروض الكفايات .

وكان يجمعها **شيخي** في كتاب السِّيَر إلحاقاً لها بالجهاد الذي يقع على الكفاية .

وروي : « أن عمر استشار الصحابة رضي الله عنهم في أمر اللقيط ، فأجمعوا علىٰ أن نفقته في بيت المال »[(٢)] . فإذاً لكل من يستقل بأمر هـٰذا الطفل ، علىٰ ما سنذكر

---

(١) تستمر نسخة (د٢) أصلاً ، ويستمر معها (د١) ، (ت٣) ، ويضاف إليها (ت٢) .

(٢) أثر عمر رضي الله عنه أنه استشار الصحابة في نفقة اللقيط فقالوا : « في بيت المال » . هو بهـٰذا السياق غير معروف ، فقد قال الحافظ في التلخيص : لم نقف له علىٰ أصل . وإنما يعرف من قصة أبي جميلة ، ففيها أن عمر قال : « وعلينا نفقته من بيت المال » .

وقصة أبي جميلة هي أن أبا جميلة ـ واسمه سنين ـ وجد منبوذاً فجاء به إلىٰ عمر ، فقال : « ما حملك علىٰ أخذ هـٰذه النسمة ؟ » فقال : وجدتها ضائعة فأخذتها ، فقال عريفه : يا أمير المؤمنين إنه رجل صالح ، فقال : « اذهب فهو حر ، ولك ولاؤه ، وعلينا نفقته » . رواه مالك في الموطأ (٢/ ٧٣٨) ، والشافعي (ترتيب المسند برقم٤٥٦) . وزاد عبد الرزاق في مصنفه (٩/ ١٤ رقم ١٦١٨٢) : « وعلينا نفقته من بيت المال » . وعلقه البخاري بمعناه =

الشرائطَ المرعية في اللاقط أن يبتدره فيأخذه ، ابتدارَه اللقطةَ التي يجدها ، ويثبتُ له حقُّ حضانته ، كما يثبت لواجد اللقطة حقُّ الاختصاص بها ، ولا حاجةَ إلىٰ مراجعة الوالي في ابتداء الأخذ ، ولا في دوامه . هٰذا مجمع عليه فليعتقده الفقيه كذلك في صدر الباب .

٦٠٣٢ـ ثم افتتح **الشافعي** الباب ، وصدّره بذكر الأموال التي يصادفها اللاقط مع اللقيط .

ونحن نذكر أولاً ـ أن اللقيط له يدٌ تثبت على المال كما للبالغ يدٌ ؛ فإنا لا نشترط في اليد الاستمكانَ من التصرف ، والاستقلالَ بالذات ، بل نكتفي في اليد بظهور اختصاص ذي اليد بما تحت يده . ونحن نعلم أن القميص الذي على الطفل في ظهور اختصاصه به ، كالقميص الذي على البالغ المتصرف . ومن خلّف أطفالاً وأموالاً ، فهم أصحاب الأيدي فيها ، ولو فرض ادعاءٌ ، فلهم حكم اليد في الأصل/ المعتبر في الخصومة . ٢٥٤ ش

٦٠٣٣ـ ثم تكلم الأصحابُ وراء ذلك في يد الطفل ، فقالوا : ما تحقق اتصاله به علىٰ ما يُعتاد في مثله ، فهو تحت يده ، ويدخل تحته لباسُه أوْ خِرقةٌ كان لُفَّ فيها ، وما فُرش تحته وِطاءً ، وما طرح عليه غطاءً ، كل ذلك تحت يده ، ويتصل بما ذكرناه الدُّرَيْهمات التي تُلفىٰ في جيبه ، أو مشدودةً علىٰ طرف ثوبه .

وكذلك لو صادفنا دُريْهماتٍ تحت الفراش ، فهي حكم الفراش ، وكذلك لو وجدنا دراهمَ مصبُوبةً علىٰ هٰذا الطفل من فوق ، وكذلك لو وجدنا دابّةً مشدودة بطرف ثوبه ، فهي تحت يده .

فأما إذا وجدنا دَابّةً ترتع، ولم تكن متصلة به ، ووجدنا على البعد منه ثياباً ، أو دراهمَ ، فهٰذه الأشياء خارجةٌ عن يده ، والمحكّم في هٰذا كله العرفُ ، والعادةُ .

= (الشهادات ، باب إذا زكىٰ رجل رجلاً كفاه، ٥٠/ ٣٢٤ فتح) ر . تلخيص الحبير : (٣/ ١٦٧ ، ١٦٩ ح ١٣٨٢ ، ١٣٨٤) .

ومن نبذ صبياً ، فإنه قد يجمع إليه ثياباً ، ونفقةً حتىٰ يتخذها لاقطُه عُدةً في تربيته ، ثم في ذلك عادة مضطربة[1] .

٦٠٣٤ـ والغرض من هـٰذا الفصل يحصلُ بذكر مراتب :

المرتبة الأولىٰ ـ في بيان ما يُعدّ تحت يد المنبوذ وفاقاً ، وهي ما يتصل به لُبساً ، أو شداً ، أو افتراشاً ، فالثياب الملفوفة عليه ، أو المخيطة به لا يخفىٰ أمرها ، وكذلك الثياب التي هي موضوعةٌ عليه ؛ فإنها ملتحقةٌ بالمفروشة ، والوطاء الذي هو مفترشه بهـٰذه المثابة .

وألحق الأصحاب بالفراش الدراهمَ الموضوعةَ تحت الفراش ، والمصبوبةَ فوق الفراش ، أو على الطفل . وأما الشدُّ، فبيّنٌ ، ومن وجوهه شدُّ دابة به .

٦٠٣٥ـ فأما **المرتبة الأخرىٰ** فنقول فيها : كل ما لا يتصل بالصبي من الوجوه التي ذكرناها ، ونراه بعيداً منه ، كالدابة تُشد بشجرةٍ أو غيرها ، وموضعها بعيدٌ عن موضع الطفل ، فليست في يده ، وكذلك الثوب [المطروح][2] بعيداً منه ، والدابة المسيّبة وإن قرب مرتعُها منه ، فإنها في حكم البعيدة ؛ فإنا إنما نتوصل إلىٰ إثبات اليد من الجهة التي ذكرناها في العرف ؛ إذ قلنا : [يُنبذ الطفل ومعه][3] ما يظهر للعاثر عليه أنه ماله . وهـٰذا لا يتحقق فيما يبعد[4] .

٦٠٣٦ـ وأما إذا كان بالقرب منه دراهمُ أو ثيابٌ أو دابة مربوطة ، فقد تحقق القرب والاتصال من الوجوه التي ذكرناها ، ففي هـٰذه الأشياء **وجهان** : **أحدهما ـ** أنها تحت يد اللقيط .

والثاني ـ أنها ليست تحت يده ، وسبب الاختلاف اضطراب القول في العرف ،

---

(١) (د١) ، (ت٣) : سقط لفظ (عادة) ووصفت بـ (مضبوطة) .
(٢) في الأصل ، (د١) ، (ت٣) : المطرح .
(٣) في الأصل : « تمهيد يد الطفل إذا كان معه . . . » .
(٤) هـٰذه هي المرتبة الثالثة .

وكل ما يُتلقىٰ من العرف/ ، فوفاقه من ظهور العرف مع انتفاء الريب . والوفاقُ في نفيه ٢٥٥ ي لانتفاء العرف من غير شك ، والاختلاف سببه تطرّق الريب إلى العرف وإمكان تقابُل الظنون . وألحقنا الدابة المسيَّبة ، وإن صادفناها قريبةً بالمرتبطة البعيدة ؛ لأن الدابةَ إذا كانت مسيّبةً ، فلا ضبط لها ، ويستحيل أن [يُعوِّل][(١)] من يبغي ضمَّها إلى الطفل علىٰ قربها ، ثم يتركها مسيَّبةً .

٦٠٣٦/ م ـ ولو صادفنا تحت الطفل دفيناً في الأرض ، فهو بمثابة ما يبعد ، وإن كانت مسافة العمق بحيث لو فرضت بين الطفل وبين الثوب المطّرح ، لكانت قريبةً داخلةً في الوجهين .

والسبب فيما ذكرناه أن الدفن في قصد الضم إلى الطفل مما لا يُعتاد ؛ إذ لا يعثر على الدفين لاقط المنبوذ إلا علىٰ وفاق .

واضطرب أصحابنا في صورةٍ، وهي أنا إذا وجدنا في أدراج ثوب الطفل رقعةً مضمونُها : أن تحت الطفل دفينٌ ، وهو له ، فليأخذه لاقطه ،فهـٰذا مما اختلف الأصحاب فيه : فمنهم من لم يبالِ بالرقعة ، وأجرى القياس في الدفين علىٰ ما ذكرناه ، ومنهم من ألحق الدفينَ بسبب الرقعة بما هو تحت يده ؛ فإن مثل هـٰذا غير منكر في العرف .

ثم من عوّل على الرقعة فيما ذكرناه ، فليت شعري ما قوله فيه إذا أرشدت الرقعة إلىٰ دفينٍ بعيدٍ ، أو إلىٰ دابةٍ ربيطةٍ بالبُعد ، وهـٰذا فيه تردّدٌ ظاهر؛ تخريجاً علىٰ ما ذكرناه من الخلاف في الدفين تحت الطفل، أو قطعاً عن تلك الصورة ، والعلم عند الله تعالىٰ.

٦٠٣٧ـ وممَّا نختم به هـٰذا الفصل أن من لقَطَ المنبوذَ ، صارَ أولىٰ به ، وأحقَّ بحضانته ، إذا كان من أهل الحضانة ، ولا يسوغ لأحدٍ مزاحمتُه .

أما الأموال التي تكون تحت يده ، ففيها وجهان : **أحدهما** ـ يكون أولىٰ بحفظها . **والثاني** ـ أنه يتعين عليه رفعها إلى القاضي .

---

(١) في الأصل : يقول .

ومن قال : يتعين رفعها ، إلى القاضي ، احتج بأن اليد لا تثبت علىٰ مال الطفل إلا بولايةٍ خاصة ، أو عامّة ، وهـٰذا اللاقط لا ولاية له على العموم ، ولا على الخصوص .

ومن تمسك بالوجه الثاني ، احتج بأنه إذا صار أولىٰ بحفظ المالك من السلطان ، فلا يبعد أن يصير أولىٰ بحفظ ملكه .

والقائل الأول يقول : قد ثبتت الحضانة حيث لا تثبت ولايةُ المال ؛ فإن الأم لها حق الحضانة ، وهي أولىٰ بحضانة الطفل الذي لم يبلغ مبلغ التمييز من الأب ، ثم لا ولاية لها في المال .

وهـٰذا الذي ذكرناه في ثبوت حق اليد فحسب ، فأما التصرف في مال اللقيط من غير مراجعة الوالي ، فلا سبيل إليه ، كما/ سنصفه بعد ذلك، إن شاء الله عز وجل . ش ٢٥٥

٦٠٣٨ـ ومما حكاه بعضُ من يوثق به عن القاضي أنا لو صادفنا منبوذاً في دارٍ أو بيتٍ، فتلك البقعة تحت يد المنبوذ . وهـٰذا حسنٌ فقيه . وإن كان يرتاع أولُ الفكر منه ؛ فإنّ صورة يد الطفل كصورة يد البالغ ، وإن كان البالغ قد يذبُّ عما في يده ، والطفلُ لا يذب .

٦٠٣٩ـ ولا يبعد عندي أن تُرتَّب يدُ البالغ على المراتب الثلاث ، إن فرض نزاعٌ ، وأردنا أن نعلّق حكماً بيدٍ، حتىٰ يطرد الوفاق نفياً وإثباتاً ، والخلاف علىٰ ما رتبناه .

وقد جرىٰ ذكر الدفين في الفصل ، فذكرنا أمر الركاز وما يميّزه عن اللقطة . وسأعقد فيه فصلاً في أثناء الكتاب، إن شاء الله تعالىٰ .

فَصْلٌ

قال : « وإن كان ملتقِطه غيرَ ثقة ، نزعه الحاكم منه . . . إلىٰ آخره »[1]

٦٠٤٠ـ الفاسق ليس من أهل الالتقاط للمنبوذ ؛ فإنه أمانة محضةٌ صادرةٌ عن ائتمان الشرع ، والشرع لا يأتمن الفاسق ، سيّما في الأمور الخطيرة ، وإن كان الملتقِط مما

(١) ر . المختصر : ٣/ ١٣١ .

لا يظهر للناس منه إلا الخير ، فهو من أهل الالتقاط ولا يتوقف ثبوت حقِّه في الحضانة إذا التقط ، علىٰ ظهور عدالته ولـٰكن حق السلطان أن يرعاه ، ويبحث عن حاله ، فإن اطّلع منه علىٰ خيانة خفية ، انتزع اللقيط من يده ، وإن ظهرت له عدالته ، أقر المنبوذ تحت يده .

ولا يؤذيه بنصب رقيب عليه يخالطه ، ويداخله ، ولـٰكن إن فعل هـٰذا ، فعل من حيث لا يتأذّىٰ . ثم إذا وثق ، انكفّ عنه .

٦٠٤١ـ ونص **الشافعي** علىٰ وجوب الإشهاد على التقاط المنبوذ ، وردّد نصه في وجوب الإشهاد على التقاط اللقطة .

أمّا القول في اللقطة ، فقد تقدّم .

وأما الإشهاد على التقاط المنبوذ ، فالترتيب الحاوي لما قيل فيه أنا إن أوجبنا الإشهاد على اللقطة ؛ فاللقيط بذلك أولىٰ ؛ فإن الأمرَ فيه أخطر ، والمحذور أعظم وأظهر ؛ فإن الملتقط إذا لم يكن موثوقاً به باطناً ، وإن كان يُظهر العدالة ـ قد يُخفيه ، وقد يدعي رِقَّه ، وهـٰذا أعظم من تلف الأموال .

وإن لم نوجب الإشهاد على اللقطة ، ففي وجوب الإشهاد علىٰ لقْط المنبوذ **أقوالٌ** : **أحدها** ـ أنه لا يجب تعويلاً علىٰ ظن الخير ، فإنه لو قُدّر غيرُه ، لم يندفع بالإشهاد شيء ، ولم تنحسم الغوائل .

والقول الثاني ـ أنه يجب الإشهاد ؛ فإن الملتقط ليس متمسكاً بولاية عامةٍ ، ولا بولاية خاصة ، وإذا أراد الواجد أن يتصرف تصرُّفَ الولاة عند مسيس الحاجة ، فينبغي أن يُسند ما هو فيه إلى الإشهاد ، حتىٰ يدنو حاله من حال الولاةِ ، ولهـٰذا نظائر مضت، وسيأتي على القرب شيء منها .

والقول الثالث ـ أن الملتقِط إن كان ظاهِر العدالة ، لم نكلفه أن يُشهد ، وإن كان مستورَ الحال ، نكلفه أن/ يشهد ، حتىٰ يصير الإشهاد قرينةً تُغلب على الظن الثقة كالعدالة إذا ظهرت . ٢٥٦ ي

فصل

قال : « ويأمره بالإنفاق منه عليه بالمعروف . . . إلىٰ آخره »[١] .

٦٠٤٢ـ مضمون الفصل القول في نفقة اللقيطِ . واللقيطُ لا يخلو إما أن يكون معه مالٌ ، أو لا يكون ، فإن كان معه مالٌ ، فالإنفاق عليه من ماله .

ولٰكن لا خلاف أن الملتقط لا يتولىٰ ذلك بنفسه ، مع القدرة علىٰ مراجعة الحاكم ، بل يرفع الأمر إليه ، ليرىٰ فيه رأيه ، فإن رأىٰ أن ينتزعه من يده ، ويدفعه إلىٰ أمين ينفق عليه ، جاز ، ولو أذن له في أن يصرف ما صادفه للطفل إلىٰ نفقته ، جاز ذلك ؛ إذ لا فرق بين أن يكون المنصوب أجنبياً ، وبين أن يكون المنصوب الملتقط .

وذكر **العراقيون** وجهاً بعيداً : أن القاضي لا يأذَن له في صرف مال الطفل إلىٰ نفقته .

وهٰذا بعيدٌ لا أعرف له وجهاً ، ولا آمن أن يكون غلطةً من ناسخ .

فإن دفع ماله إلىٰ أمين لينفقه عليه ، أنفق ذلك الأمين بالمعروف من غير سرفٍ ، ولا تقتير ، يجر ضرراً على الطفل .

٦٠٤٣ـ ولو أنفق الملتقط مال الطفل عليه ، وفي البلد قاضٍ ، ضمن إذا لم يراجعه والخلاف الذي ذكرناه في الفصل الأول في ثبوت حق الحفظ له في المال ، فأما التصرف ، فلا يملك الاستبدادَ به ، مع القدرة علىٰ مراجعة الحاكم ، وإنما له ولاية الحضانة .

وإن لم يكن في البلد حاكم، فتولى الملتقطُ الإنفاق بنفسه من مال الطفل، ففي المسألة أوجه : **أحدها** ـ أنه يفعل ذلك ، ويملكه .

والثاني ـ لا يملكه .

والثالث ـ إنه يملكه إن أشهد علىٰ كل إنفاق ، ولا يملكه إذا لم يشهد .

---

(١) ر . المختصر : ٣/ ١٣١ .

وهـٰذا الخلاف بمثابة الخلاف الذي ذكرناه فيه إذا هرب الجمّال ، ومَسّت حاجةُ المستأجِر إلى الإنفاق على الجمال .

فإذا أنفق من مال نفسه ، فهل يملك الرجوع على الجمّال ؟ فعلى الخلاف الذي ذكرناه .

وذهب بعض الأئمة إلىٰ ترتيب إنفاق الملتقط من مال اللقيط علىٰ إنفاق المستأجِر في مسألة هرب الجمّال ، وجعل إنفاق الملتقط أولىٰ بالجواز لسببين : **أحدهما** ـ أنه ذو حضانة وولاية في اللقيط ، فلا يبعد أن يتصرف في ماله إذا عسُرت مراجعةُ الوالي .

والآخر ـ أنه إذا أنفق من ماله على الجمال ، فإذا أراد الرجوع ، فإنما يرجع بحق نفسه علىٰ غيره ، فبعُد ذلك بعضَ البعد ، وليس كذلك إنفاق الملتقط على اللقيط ؛ فإن الذي يرتقبه في عاقبة الأمر أن يصدَّق ، وإذا كان مؤتمناً في نفس اللقيط ، لم يبعد أن يؤتمن في ماله إذا عسر الرجوع إلى الوالي .

هـٰذا كله إذا كان للطفل مالٌ .

٦٠٤٤ـ فأما إذا لم يكن له مال، فنفقته في سهم المصالح . أجمع عليه علماء الصحابة رضي الله عنهم ، كما حكيناه في أول الباب .

ومضمون هـٰذا الكلام الآن يتصل بطرفٍ من الإيالة[1] ، وقلّما يخوضُ الفقهاء فيها ، فيسلمون/ عن خبطٍ . ٢٥٦ ش

ونحن نذكر ما قيل في ذلك ، ثم نوضح الحق :

٦٠٤٥ـ فإن لم يكن في بيت المال مالٌ ، ولم يتمكن الإمام من الاستدانة ، فنفقة المنبوذ علىٰ أهل اليسار والاقتدار من المسلمين ، وهـٰذا ركنٌ عظيم في الإيالة ، فلا شك أن السلطان لا يقدر علىٰ فضّ نفقته علىٰ جملة الموسرين في الصُّقع والناحية ، فضلاً عن أهل خِطةِ الإسلام ، وليس هـٰذا مما ينفصل الأمر فيه بقرعة ؛ فإنها إنما تجري عند انحصار الجهات ، أو الأشخاص . فقال العلماء : يضرب السلطان نفقته علىٰ من يراه من أهل البلدة ، ويكون له رأيٌ في ذلك ، حتىٰ لا يهجم من غير تعلق

---

(١) الإيالة : السياسة .

بوجهٍ من النظر ، فإن استوت عنده جهات النظر ، فليس إلا التخيّر .

٦٠٤٦ـ ثم اختلف الفقهاء في أن من أنفق علىٰ لقيطٍ لا مال له ، أو علىٰ فقيرٍ مضطر بالغٍ بأمر الإمام ، ولم يقصد التبرعَ بما يخرجه فهل يجد مرجعاً ، أم لا ؟ فذهب طائفة من **المحققين** ، وإليه مَيْلُ **القاضي** : أنه لا يجد مرجعاً .

وذهب آخرون إلىٰ أنه يرجع ؛ فإن وجوب الإنفاق لا يُسقط حقَّ الرجوع بالقيمة ؛ فإن من كان يملك طعاماً فاضلاً عن حاجته ، وصادف مضطراً مشرفاً على الهلاك ، فعليه تسليمُ الطعام إليه بالقيمة ، فليكن الأمر فيما نحن فيه كذلك .

والوجْه في هـٰذا عندنا أن المضطر الذي لا يملك الطعامَ ، ولا يقدر على التوصّل إليه إذا كان له مالٌ ، فصاحب الطعام يُطعمه بالقيمة ، كما أطلقه الأصحاب ، فأما من لا يملك شيئاً ، وظهر افتقاره ، واضطرارُه ، فهو عيالٌ على المسلمين ، ولـٰكن مرجعه إلىٰ بيت المال إن كان في بيت المال ، مالٌ ، فإن لم يكن في بيت المال مال ، وحَكَمَ الإمامُ مجتهداً ، أو علىٰ حكم [التخيّر][1] علىٰ من يرىٰ ، فأنفق عليه ، فلا مرجع للمنفِق على الفقير إذا أيسر ، ووجدَ وفاءً .

ولـٰكن هل يثبت له الرجوع علىٰ بيت المال إذا وُجد فيه مال في الاستقبال ؟ هـٰذا مختلفٌ فيه ، ولعلنا نقرر من ذلك طرفاً صالحاً عند ذكرنا أحكام القضاة والولاة ، وما لهم وعليهم .

٦٠٤٧ـ ثم إذا دفع القاضي مالَ الطفل اللقيط إلىٰ ملتقِطه لينفق عليه ، فالقول قول المنفق فيما ادّعىٰ إنفاقَه مع يمينه إن حلّفه اللقيطُ بعد بلوغه .

وهـٰذا إذا ادّعىٰ قصداً أو أمراً وسطاً معروفاً في الإنفاق . وإن ادعىٰ مزيداً على المعروف ، لم يحلَّف ، وكان مُقرّاً علىٰ نفسه بالعُدوان ، فيلتزم الضمان ، ولا معنىٰ لتحليفه إلا أن يقع النزاع في عينٍ من أعيان المال[2] ، فالقول قوله : إني أخرجتها ، وإن كان يلتزم لأجل السَّرف ضمانَها .

---

(١) في الأصل : (التخيير) والمثبت من (د١) وحدها . وهو الصواب إن شاء الله .
(٢) أي فيحلّف علىٰ أنه أخرج العين محل النزاع .

وقد قال **الشيخ أبو بكر القفال** : إذا ادّعى الغاصبُ تلف العين المغصوبة ، والتزم قيمتها ، فقال المغصوب منه : عين مالي قائمةٌ غيبتَها ، وأنت تبغي الاستبدادَ بها ، وبذْلَ قيمتها ، فالقول قول الغاصب . وهـٰذا لا ريب فيه ، ولـٰكنه بدعٌ/ قد يغفل القيَّاسُ عنه ؛ فإن الأصل بقاء العين ، وليس الغاصبُ مؤتمناً ، فيصدّق ، وتغليظ الشرع عليه بيّن ، ولـٰكن لو لم نصدقه ، وحلفنا المغصوب منه ، فحكم ذلك أن يُحبَسَ الغاصبُ ، ولو حُبس ، فكيف خلاصه لو كان صادقاً ؟ وهـٰذا محالٌ ، لا سبيل إلىٰ إفضاء الحكم إليه . ٢٥٧ ي

٦٠٤٨ـ ولو قال الحاكم للملتقط : أنْفق عليه من مالك ، لترجعَ به ، فقد ذكر الأئمَّة في ذلك **وجهين** : **أحدهما** ـ أنه لا يجوز هـٰذا ، فإن في تجويزه تسليطُه علىٰ أن يتملك على الغير مالاً بنفسه لنفسه بمعاملة يستبد بها ، من غير تمسكٍ بالشفقة العظمىٰ . وهي شفقة الأبوّة .

وقد ذكرنا نظيرَ ذلك في هرب الجمال ، إذا قال القاضي : أنفق وارجع .

وهـٰذا الذي ذكره الأصحابُ هاهنا يستدعي مَزيد تفصيلٍ ؛ فإن اللقيط إن انتهىٰ إلىٰ حالة الضرورة ، فقد قررنا القولَ في أن الإنفاق عليه من بيت المال ، وإن لم يكن في بيت المال مالٌ ، فالإنفاق هل يُثْبت رجوعاً ؟ وإن أثبت فعلىٰ من ؟

ولا ينبغي أن يكون ما ذكرناه من الاختلاف هاهنا موضوعاً فيما يسدُّ الضرروة ، ولـٰكن الإنفاق على اللقيط ينقسم ، فمنه ما يقع سدّاً للضرورة ، ومنه ما يقع وراء سدّ الضرورة ، وإن كان لا يبلغ السَّرفَ ، وذلك هو الذي يتعلق بنظر الوالي وإذنه ، ويجوز أن يُفرض الرجوع فيه على اللقيط إذا بلغ ، وعلىٰ هـٰذا يتفرع ما ذكرناه .

٦٠٤٩ـ ولو استقرض من الملتقط مالاً وقبضه ثم دفعه إليه ، وأمره بالإنفاق على الطفل ،فهـٰذا جائز وجهاً واحداً ، فيقع الاستقراض الأول من الحاكم على الطفل ، ثم يصير ما قبضه مالاً للطفل ، فيعود التفصيل إلى ائتمانه الملتقطَ على الإنفاق من مال الطفل .

فَصْلٌ

قال : « لو وجده رجلان؛ فتشاحّا فيه ، أقرعتُ بينهما . . . إلىٰ آخره »(١) .

٦٠٥٠ـ تعرّض **الشافعي** لازدحام الملتقِطَيْن ، وتنازعهما في حق الحضانة . والقول في تحقيق ذلك يستدعي تقديم صفات من هو من أهل الالتقاط ، ومن ليس أهلاً له ، ونحن نوضح ذلك، ثم نبني عليه تقدير الاجتماع؛ حتىٰ نبيّن أن من لا يكون من أهل الالتقاط ، ليس من أهل الزحمة ، وإنما تُفرض الزحمة بين شخصين كل واحد منهما من أهل الالتقاط .

فنقول : الحر الأمين المسلم من أهل الالتقاط . وذكْرُنا الحرَّ يُخرج العبدَ ، والأمين يخرج الفاسق ، والمسلم يخرج الكافر من الضبط الجامع .

والمبذرُ ـ وإن كان عدْلاً في دينه ـ ليس رشيداً ، ولا يأتمن الشرعُ من لا يتصف بالرشد .

أما العبد ، فليس من أهل الالتقاط ؛ فإنه لا يتفرغ إلىٰ حضانة اللقيط ، ومنفعتُه مستغرقةٌ بحق مولاه ، فإن أَذِن له السيد في التقاط منبوذٍ ، فالسيد هو الملتقط ، فيعود النظر إلىٰ صفته .

وأما الفاسق ، فليس من أهل الالتقاط ، وإن التقط ، وشعر الحاكم به ، انتزع اللقيطَ من يده/ . فأما المستور ، فقد قدّمنا فيه قولاً بالغاً ، فلا حاجة إلىٰ إعادته . ش ٢٥٧

وأما ذكرنا المسلم ، فنقول : إن كان اللقيط محكوماً بإسلامه علىٰ ما سنذكر تفصيل ذلك في الفصل الذي يلي هـٰذا الفصل ـ إن شاء الله تعالىٰ ـ فليس الكافر من أهل التقاطه ، ولو التقطه انتزع من يده . وإن كان اللقيط كافراً ، فالكافر من أهل التقاطه ، والمسلم أيضاً .

والمعسر من أهل الالتقاط ؛ فإن الحضانة تتأتىٰ منه ، والإنفاق سبيله ما قدّمناه في الفصل المقدم .

٦٠٥١ـ ومما نقدمه على الخوض في الازدحام أن نقول : من التقط لقيطاً في

(١) ر . المختصر : ٣/ ١٣٢ .

البلد ، وأراد أن ينقله إلى البادية ، لم يمكّن منه ، **لمعنيين** : **أحدهما** ـ أن عيش أصحاب البوادي ضيّق ، ويقلّ فيهم الاتساع في المعيشة ، والرغد ، وقد تمس حاجة الطفل إذا مرض إلىٰ مراجعة الطبيب ، وابتغاء دواءٍ وسعيٍ في استصلاحه ، وليس ما أشرنا إليه من النوادر في الأحوال، وأسبابه [عَسِرةٌ](1) في البادية .

ومنهم من علل منع نقله بخفاء النسب ؛ فإنه لو ترك في البلد ، لأوشك أن يظهر له أبٌ ، أو أمّ ، وإذا نُقل إلى البادية ، فقد يتعذر ذلك . وهـٰذا مَنَعَ الإبعادَ . فأما إذا كان الموضع الذي إليه الانتقال قريباً، فسأذكره في التفصيل، إن شاء الله تعالىٰ.

ومن نقل لقيطاً من البلد الذي وجده فيه إلىٰ بلدٍ آخر ، ففي جواز ذلك وجهان مبنيان على المعنيين اللذين ذكرناهما ، فمن راعىٰ في المنع ضيقَ المعيشة في البادية ،فهـٰذا المعنىٰ مفقود في النقل إلىٰ بلدة أخرىٰ ، ومن راعىٰ توقُّعَ ظهور النسب منع النقل إلىٰ بلدة أخرىٰ ؛ فإنّ توقّع ظهور والدٍ مستلحِقٍ ، أو والدةٍ يختص بالبلدة التي فيها العثور على اللقيط .

ومن وجد لقيطاً في باديةٍ ، فإن كان في مضيعةٍ ، ولو تركه ، لهلك ، فيأخذه ، ثم لا ينقلب لأجله، ولـٰكن يأخذ صوبَه وتلقاءَ قصده .

٦٠٥٢ـ فأما إذا صادفه ، في أثناء قبيلة ضخمةٍ ولقطه ، وأراد أن ينقله إلىٰ بلده ، فالذي قطع به **شيخي** ، ومعظم الأصحاب أن ذلك جائز ، وما يفرض من انقطاع توقع الظهور في النسب لا يعادل أمنَ البلد ، وخَيْره ، وأصحاب البوادي علىٰ أغرارٍ .

وذكر **القاضي** وجهين مبنيّين على المعنيين . وقال : إن راعينا النسب وعوّلنا عليه ، ففي نقله إلى البلدة تضييعُ ما يتوقع من ظهور نسبه ، وإن راعينا مصلحة اللقيط في نفسه وتهيؤ أسباب المعيشة ، فيجوز النقل حينئذ .

٦٠٥٣ـ ولو وجد في البلد ، ونقل إلىٰ برّية قريبة ، لا يتعذر نقل الحوائج من البلدة إليها ، ولا يتحقق في الانتقال إليها ضيقٌ في المعيشة معتبر ، فمن راعىٰ هـٰذا المعنىٰ ، لم يمنع من هـٰذا الانتقال .

(١) في الأصل : عشرة . وفي باقي النسخ : (عسر).

ومن راعى النسب ، وجب أن يعتبر اختلاط أولـٰئك المنتقلين بأهل البلدة ، واختلاط أهل البلدة بهم ، فإن كان الأمر كذلك ، فلا يخفى النسب ، وأهل البريّة في الصورة/ التي ذكرناها بمثابة محلّةٍ من بلدةٍ في المعنى الذي نطلبه من أمر النسب . وإن كانوا لا يكثرون الاختلاط بأهل البلدة ، فيوشك أن يمنع من هـٰذا الانتقال مَنْ يعتبر معنى النسب . والله أعلم . ي ٢٥٨

٦٠٥٤ـ ولو وجد لقيطاً في البادية ، فأراد أن ينقله إلىٰ قطرٍ آخر من البادية ، فللقبائل في البوادي سنّةٌ في [التعارف][(١)] والاعتناء بالأنساب ، ولا حاجز .

ومن راعىٰ عسر المعيشة ، فلا عسر ، ومن راعىٰ أمر النسب ، فلا ضرار عليه .

وهـٰذا إذا وقعت القبائل موقعاً لا ينقطع عن بعضها أخبار البعض .

فأما إذا نأت المسافاتُ وتقاذفت الديار ، فالمسافة البعيدة حائلة ، فيتحقق عند ثبوتها ما أشرنا إليه من أمر النسب .

فهـٰذا تفصيل القول في النقل الجائز والنقل الممتنع .

فإذا ثبتت هـٰذه المقدمات ، عدنا بعدها إلىٰ تفصيل القول في اجتماع الملتقطين علىٰ لقيطٍ واحد ، فنقول :

٦٠٥٥ـ إذا اجتمع حرّ وعبد ، فليس هـٰذا من الازدحام في شيء ؛ فإن العبد ليس من أهل الالتقاط . وهـٰذا إذا انفرد دون إذن مولاه ، فإن كان بإذنه ، فالنظر في السيد ، والملتقط الآخر .

وإذا اجتمع مسلم وكافر علىٰ لقيطٍ محكوم له بالإسلام ، فليس هـٰذا من الازدحام الذي نعنيه ؛ فإن الكافر ليس من أهل التقاط المسلم .

وكذلك إذا اجتمع عدل وفاسق .

فإذا اجتمع فقير وموسر ، فالموسر أولىٰ إن كان يغلب على الظن ضيق معيشة الفقير واشتغاله [بجمع][(٢)] قوته عن القيام بحق الحضانة علىٰ كماله .

---

(١) في الأصل : التقارب .

(٢) في الأصل : بجميع .

ولو كان موسراً متوسعاً في الغنىٰ ، ولم يكن الثاني من الفقراء ، ولـٰكن كان ضمه إلى المتوسع في يساره أنفع له ، فهـٰذا مما اختلف الأصحاب فيه : فمنهم من رأىٰ ضمَّه إلىٰ من الضم إليه أنفع ، ومنهم من يقول : إذا استويا في انتفاء الافتقار ، فلا نظر إلى الأنفع ؛ فإن ذلك غير متناهٍ ، ولا منضبط .

وإذا كان ظاهرُ أحدهم العدالة ، وكان الثاني مستوراً غيرَ ظاهر العدالة ، وقد أوضحنا أن المستور من أهل الالتقاط ، فقد اختلف أصحابنا في ذلك :

فالذي كان يميل إليه **شيخي** القطع بأنه يضم إلى العدل الذي عدالته ظاهرة . وكان يُنزل ظهور العدالة بمنزلة الغنىٰ وحال المستور منزلةَ الفقر .

ومن أصحابنا من ذكر في ذلك خلافاً؛ من جهة أن المستور لا يُسلِّم لمن ظهرت عدالتُه اختصاصه بالعدالة ، ويقول : التقصير ممن لم يبحث عن عدالتي ، ولم يطلع علىٰ سيرتي ، والحضانة حقي ؛ فلا أسلمها .

وكأن **شيخي** [(1)] جعل التفاضل في العدالة كالتفاضل في اليسار والغنىٰ ، وقد سبق التفصيل فيه .

وكان يقول : البلدي والقروي إذا ازدحما ، فالبلدي أولىٰ ، والبلدي والبدوي لا يزدحمان ؛ فإن البدوي ممنوع عن نقل اللقيط الموجود في البلد إلى البادية ، وإنما تظهر أحكام الازدحام/ إذا كان كل واحد بحيث لو انفرد ، كان من أهل الالتقاط . ٢٥٨ ش

وكان **شيخي** [(1)] يقول : المكاتب ليس من أهل التقاط المنبوذ ؛ فإنه تحت أسر الرق ، واشتغاله بالحضانة يلهيه عن كسبه ، ويعطِّل كثيراً من منافعه ، فينزل ذلك منزلة التبرع ، وحكم التبرع أنه إن انفرد به ، لم يصح ذلك منه ، وإن كان بإذن مولاه ، ففيه اختلاف ، ويتأيد ما قاله بالتحاق حق الحضانة بالولايات ، والمكاتب ليس من أهلها ، وإنما صححنا منه التقاط اللقطة علىٰ قولٍ ظاهر لما في التقاط اللقطة من غرض الكسب ، والتقاط المنبوذ ائتمان محض من الشارع والشرع لا يأتمن المكاتبَ والعبدَ ، فهـٰذا منتهى المراد في هـٰذا الفصل .

---

(١) ما بين القوسين ساقط من جميع النسخ ما عدا الأصل .

٦٠٥٦ـ ثم إن تحقق استواء المزدحمَيْن على اللقيط ، فلا يضم إليهما جميعاً ، فإنه لا يتصور قيامهما بحضانته على الاجتماع ، ولو جعلنا حفظه مهايأةً بينهما ، لظهر تضرر المولود ؛ فإن للإلف وقعاً في النفوس لا ينكر ، فلو ضُم الصبي إلىٰ أحدهما ، فقد يألفه ، ويتخلق بأخلاقه ، فإذا قطعناه عن هـٰذا وضممناه إلىٰ صاحبه ، تضرر بالانقطاع عمّن ألفه ، ثم يكون علىٰ نِفارٍ مع الثاني في ابتداء الأمر ، فإذا أنس به ، احتجنا إلىٰ قطعه ورده إلى الأول؛ فلا يصير إذن صائر إلىٰ ضم اللقيط إلى المتنازعين جميعاً ، ولا بد من ضمه إلىٰ أحدهما ، ولا طريق إلا أن نقرع بينهما ، فمن خرجت قرعته سلّم الطفل إليه .

٦٠٥٧ـ ولو سبق أحدهما إليه واحتضنه ، فهو أولىٰ .

ولو كان السابق المحتضن فقيراً وطلب الحضانة ، أجيب إليها ، فإذا احتضن ، ثم ظهر موسرٌ لو شاركه عند العثور ، لكنا نقدمه ، فإذا جاء من بعدُ ، فلا حق له في الحضانة ؛ فإن الحق المستحَقَّ لا يُنقض بأمثال هـٰذا .

٦٠٥٨ـ ولو ازدحم رجلان متساويان ، وقلنا : إنه يُقرَع بينهما ، فلو طلب أحدهما ، وترك الثاني حقه بعد تقدُّم الازدحام ، فهل نترك تاركَ حقه ، حتىٰ يخلص حقُّ الحضانة للثاني ؟ فعلىٰ وجهين : **أحدهما ـ** يسقط حقه ، ويصير الثاني كالمنفرد بالاحتضان والوجدان أول [أمره][1] . وهـٰذا هو الصحيح ، كما لو ازدحم شفيعان ، ثم عفا أحدهما عن حقه ؛ فإن حق الشفعة يخلص للثاني .

والوجه الثاني ـ أنه لا يخرج العافي من البَيْن[2] ؛ فإنه ثبت له حق ناب فيه عن المسلمين ، فلا يتأتىٰ إخراجه نفسه من البَيْن .

وهـٰذان الوجهان ذكرهما **العراقيون** ، ونقلهما **القاضي** ، ووجه الأول بيّن .

---

(١) في الأصل ، (د١) ، (ت٣) : مرة .

(٢) البين : هـٰذا اللفظ نجده عند إمام الحرمين في البرهان ، وفي هـٰذا الكتاب ، ومعناه واضح من السياق . ولـٰكنه غير منصوص في المعاجم التي وقعت لنا (المصباح ، والوسيط ، والقاموس المحيط ، والأساس ، واللسان ، والزاهر ، وكشاف اصطلاحات الفنون ، وكليات أبي البقاء) .

وأمّا **الوجه الثاني** ، فلا ينقدح له وجه إلا على التقدير الذي أذكره فأقول : من التقط لقيطاً ، واحتضنه ، فهو في حكم الخائض في فرض الكفاية ، ومن لابَس فرضاً من فروض الكفاية ، وكان متمكناً من إتمامه ، فأراد الإضراب عنه ، فقد نقول : ليس له ذلك ، ويصير فرضُ الكفاية بالملابسة متعيّناً .

وهـٰذا فيه نظرٌ وتفصيلٌ، وسأذكره في أحكام فروض الكفايات من كتاب السّير ، إن شاء الله تعالىٰ .

٦٠٥٩ـ وعلىٰ هـٰذا التقدير لو انفرد/ الرجل بلقط المنبوذ واختص بحضانته ، فلا شك أنه يحرم نبذه وردُّه إلىٰ ما كان عليه أولاً ، ولـٰكن هل يجوز له أن يدفعه إلى القاضي حتىٰ يسترده منه ، [فيقيمَ][1] غيرَه مقامه ؟ فيه تردد مأخوذ من كلام الأصحاب والمسألة مفروضةٌ فيه إذا لم يكن به عجزٌ عن القيام بحق الحضانة .

٢٥٩ ي

٦٠٦٠ـ والسرّ في ذلك موقوف على المباحثة عن مراتب فروض الكفايات، وذكر ما يتعين منها بالملابسة وما لا يتعين ، وما يضطرب الرأي فيه .

وهـٰذا الذي نحن فيه مما اضطرب فيه علماؤنا ، فإذا ثبت ذلك ، بنينا عليه صورة الازدحام ، وقلنا : إن رأينا على المنفرد بالالتقاط ألا يترك الحضانة ما وجد إليها سبيلاً، فإذا ازدحم رجلان ، ثم أعرض أحدهما ، ففي المُعرض **وجهان** : **أحدهما** ـ أنه لا يُترَك [و][2] الإعراضَ ، كما ذكرناه في المختص بالالتقاط . **والثاني** ـ له الإعراض ؛ فإنه لم يثبت له حقٌّ خالص ، بل كانت الحضانة متنازعةً بينه وبين مزاحمه .

وقد أوضحنا أنه لا يتصور ثبوت حق الحضانة لهما جميعاً على الاشتراك ، فإذا ترك أحدهما حقه ، لم يكن تاركاً حقّاً مستقراً .

ثم الذي يقتضيه القياس في التفريع علىٰ هـٰذا الوجه أن القاضي يقول لهـٰذا التارك : ليس لك إخراجُ نفسك من البين ، ولـٰكن يُقرَع بينكما ، فإن خرجت القرعة في الحضانة لك ، فالتزمها وتمّمها ، كما لو كنت منفرداً باللّقْط ، وإن خرجت القرعةُ لصاحبك ،

---

(١) في الأصل : أو يقيم .

(٢) الواو للمعية . ثم هي ساقطة من نسخة الأصل وحدها .

خرجت من البين . هـٰذا وجه تفريع هـٰذا الوجه .

وقال : بعضُ أصحابنا : إذا ترك أحدهما حقه ، وقلنا : إنه لا يُخرج نفسَه من البين ، فينصب القاضي أميناً ، ويقيمه مقام هـٰذا التارك ، ويُقرع بين الباقي من المزدحمَيْن ، وبين هـٰذا الأمين الذي نصبه ، فإن خرجت القرعة للأمين، سلّمه إليه . وهـٰذا كلام مضطرب ، لا مستند له من أصلٍ ، ولا طريقَ إلا ما ذكرناه .

٦٠٦١ـ ومما كان يذكره **شيخي** أنه لو سبق إلىٰ طفلٍ إنسانٌ ووقف عليه ولم يرفعه ، فهل يكون وقوفه مثبتاً له حق الاختصاص ؛ حتىٰ إذا لحقه إنسان آخر يساويه في الصفات المرعية فيكون السبق له ؟ كان يذكر في ذلك **وجهين** : **أحدهما** ـ أنه إنما يصير أولىٰ بحق الحضانة إذا سبق إليه ، فرفعه ، أو أمر من يرفعه له ؛ فإذ ذاك لو لحق لاحقٌ ، لم يزاحمه ، فأمّا إذا اتصل السابق بمكان اللقيط ، واقتصر على الوقوف عليه ، فلحقه الثاني ، فهما مزدحمان . ففي المسألة احتمال .

٦٠٦٢ـ ولو انتهىٰ إلى اللقيط رجل وامرأة ، فالأنوثة لا تصيّر المرأة أولىٰ ، وإن كنا نقدّم الأم في الحضانة على الأب إذا لم يكن الصبي مميِّزاً ، والفرق أن الأم تختصُّ بمزيد شفقة لا يُنكر ذلك منها ، ويتأتى/ منها من [الاحتضان][(١)] ما لا يتأتىٰ من الأب نفسه ، والأب لا يتمكن من تعاطي الحضانة بنفسه ، ولو أقام امرأة أجنبيةً حاضنةً ، لكانت حضانة الأم أولىٰ من حضانة الأجنبية المتبرعة ، أو المستأجَرة ، وفي مسألتنا لو أناب الرجل أجنبية في الحضانة ، لكان ذلك ممكناً . وإذا عاد النظر إلىٰ حضانة أجنبيتين : إحداهما التي زاحمت الرجل ، والأخرى التي يستنيبها الرجل ، فلا يبقىٰ فرقٌ .

ش ٢٥٩

٦٠٦٣ـ ومن تمام الكلام في ذلك أن الصبي إذا بلغ مبلغ التمييز يخيّر بين أبويه في حكم الحضانة كما سيأتي شرح ذلك إن شاء الله تعالىٰ . فلو ازدحم على اللقيط رجل وامرأة ، أو رجلان ، ولم يتفق انفصال الأمر بينهما حتىٰ ميّز الطفل ، فهل نقول : إنه يخير بين المزدحمين ، ويُضم إلىٰ من يختاره ؟

---

(١) في الأصل : الاختصاص .

هـٰذا محتمل يجوز أن يقال : إنه يُخير ، كما ذكرناه ، ويجعل اختياره أولىٰ من القرعة ، ويجوز أن يقال : لا يخير ؛ فإن اختيار المولود أحد الوالدين علىٰ سن التمييز محمول علىٰ ميله إلىٰ أحدهما ، ولا يبعد ذلك في الأبوين ، فأما ميل الطفل اللقيط إلىٰ أحد الملتقطَيْن ، فليس له [معنىٰ][1] يعوّل عليه .

٦٠٦٤ـ ومما يتعلق بذلك أنا لو صادفنا صبياً بالغاً مبلغ التمييز ، وكان في حكم اللقيط ، علىٰ معنىٰ أنه ليس يتبين له أب ولا أم ، فهل يثبت له لمن يَبْتَدِرُه حقُّ الاحتضان ، كما يثبت في اللقيط الذي لم يبلغ مبلغ التمييز ؟ هـٰذا فيه تردد عندي ، واحتمالٌ : يجوز أن يقال : لا يثبت لآحاد الناس فيه حق الاحتضان ، وهو مميّز ، بل يتولى الحاكم أمره لا غيره ، ويختص به منصوبُ القاضي .

ويجوز أن يقال : حكمه في الاحتضان حكم الصبي الذي لا يميز ؛ فإن تمييزه لم يُثبت له حقَّ الاستقلال ، فلا أثر له .

وإنما[2] ورد الشرع في التقاط منبوذ علىٰ صورة الضياع، والمميز له حق الاستقلال؛ من جهة تمييزه؛ إذ يمكن مراجعتُه علىٰ حالٍ، وهو يشبه من أحكام اللقطة ضالة الإبل.

هـٰذا منتهىٰ تفريع الفصل .

فَصْلٌ

قال : « فإذا أعرب ، فامتنع عن الإسلام ، لم يبن لي أن أقتله ، ولا أجبره على الإسلام. . . إلىٰ آخره »[3] .

٦٠٦٥ـ هـٰذا الفصل من القواعد ، ومضمونه بيان أحكام التبعية في الإسلام .

ونحن نجمع فيه ما يتعلق به ، ونستوعب الأطراف مستعينين بالله تعالىٰ .

٦٠٦٦ـ ونقدم أولاً بيان ما يحصل به الإسلام . ونقول : الناس في الإسلام

---

(١) في الأصل : وجه .

(٢) هـٰذا الكلام عودٌ إلىٰ نصرة الوجه الأول .

(٣) ر . المختصر : ٣/ ١٣٣ .

قسمان : **مكلف** ، **وغير مكلف** ، فالمكلف هو العاقل البالغ ، حراً كان أو عبداً ، ذكراً كان أو أنثىٰ ، فيصح إسلامه بنفسه ، ولا يُتصوّر أن يَتْبَع في الإسلام غيرَه .

ي ٢٦٠ **٦٠٦٧ـ** وأما غير المكلف في/ الإسلام ، **فقسمان** : **الصبيان والمجانين** .

أما المجانين ، فلا شك أنه لا يتصور إسلامهم بأنفسهم ؛ إذ لا عبارة لهم ، ولا حكم لنطقهم .

وأما الصبيان ، فإن لم يكونوا مميزين ، فهم كالمجانين في أنه لا يصح الإسلام بعبارتهم .

وإن كانوا مميزين ، فالمذهب المشهور الذي عليه التعويل أنه لا يصح منهم الإسلام بعبارتهم .

٦٠٦٨ـ وذكر أصحابنا مع ذلك **وجهين آخرين** : **أحدهما** ـ أن الإسلام يصح من الصبي المميز العاقل ، كما يصح من البالغ ، وهـٰذا مذهب **أبي حنيفة**[(١)] .

والوجه الثاني ـ أن الإسلام الذي أعرب عنه في صباه موقوف ؛ فإن بلغ وأعرب عن نفسه بالإسلام ، أسندنا حكمَ إسلامه إلىٰ وقت تلفظه به في صباه .

وإن أعرب عن نفسه بالكفر لما بلغ ، تبيّنا أنه لا حكم للفظه السابق في صباه .

وهـٰذان الوجهان غيرُ معدودين من متن المذهب ، والمنصوص عليه لصاحب المذهب **قديماً وجديداً** أنه لا اعتبار بلفظ الصبي بالإسلام ، ووجودُه وعدمُه بمثابةٍ .

٦٠٦٩ـ وقد قال **الشافعي** في بعض مجاري كلامه : « إنه إذا نطق صبي مميز من صبيان الكفار بالإسلام ، وظهر لنا إضماره الإسلامَ ، نحول بينه وبين الكفار » .

وهـٰذا الذي ذكره **الشافعي** مما اختلف أصحابنا فيه تفريعاً علىٰ مذهبه الصحيح ، فقال بعضهم : هـٰذه الحيلولة محتومة فعلىٰ هـٰذا للفظه بالإسلام حكمٌ ، وهو اقتضاء إيقاع الحيلولة .

---

(١) ر . مختصر الطحاوي : ٢٦٠ ، المبسوط : ١٠/ ١٢٠ ، رؤوس المسائل : ٣٥٩ مسألة ٢٣٨ مختصر اختلاف العلماء : ٣/ ٤٩٠ مسألة : ١٦٤٠ ، الاختيار ٤/ ١٤٨ .

ومن أصحابنا من قال : هـٰذا الذي ذكره **الشافعي** محمول علىٰ أنا نتوصل إلىٰ ذلك برفق ، ونستعطف فيه والدي الصبي ، فإن أبيا ، لم نحل بينه وبين والديه ؛ فإن لَفْظَ الصبيّ في ذلك لا حكم له .

وكان **شيخي** يحكي عن الأستاذ **أبي إسحاق** أنه قال : « من مات من صبيان الكفار ، لم نقطع له بالفوز في الآخرة » .

وأمْرُ أطفال الكفار علىٰ تردّدٍ بيِّنٍ في الأخبار ، وليس الخوض فيه من مناصب الفقه ؛ فإن الفقه لا يتعدىٰ أحكام الدنيا .

ثم كان يقول : « إذا عقل صبيّ وعلم الإسلام واعتقده ، فهو من الفائزين لو مات علىٰ عقده هـٰذا صبيّاً ، وإن كان لا يتعلق بإسلامه أحكام الدنيا » .

وما عندي أن هـٰذا الحبر يخالَف فيما صار إليه ، ثم اتباعه يجر إشكالاً في المسألة عظيماً ؛ فإن من يُحكم له بالفوز لإسلامه كيف لا يحكم بإسلامه .

هـٰذا منتهى القول في حصول الإسلام بالتبعية ؛ فإنه يتعلق بالصبيان ، والمجانين .

٦٠٧٠ـ ونحن نبدأ بالصبيان أولاً ، فنقول : التبعية في الإسلام تقع من **ثلاثة أوجه** : **أحدها ـ** تبعية الوالدين .

والثاني ـ استتباعُ السابي الطفل المسبيّ .

والجهة الثالثةُ ـ تبعية الدار . ونحن نذكر ـ إن شاء الله تعالىٰ ـ في كل قسم/ ما يليق به . ٢٦٠ ش

فأما استتباع الأبوين الولد في الإسلام ، فيحصل من **وجهين** : **أحدهما ـ** أن يُفرض إسلامهما أو إسلام أحدهما يوم العلوق ، فإذا كانا مسلمين أو كان أحدهما مسلماً ، فحصل العلوق، والحالةُ هـٰذه ـ ثبت للطفل حكم الإسلام على التحقيق ، من غير فرض توقفٍ ، أو توقع نقضٍ ، فينتجز له أحكام الإسلام في صباه .

وإذا بلغ ، وأعرب عن نفسه بالكفر ، كان مرتداً ، لا خلاف فيه .

والسبب في ذلك أن أحد الأبوين إذا كان مسلماً حالة العلوق ، فهو جزء من مسلم ، فيتحقق له حكم الإسلام ، هـٰذا أحد وجهي التبعية .

والوجه الثاني في التبعية ـ أن يحصل إسلام الأبوين ، أو إسلام أحدهما بعد العلوق ، ثم لا فرق بين أن يحصل بعد انفصال المولود على الكفر ، وبين أن يحصل والمولود جنين ، فإذا تأخر الإسلام عن العلوق ، لم يفترق الأمر بين أن يكون بعد الانفصال ، أو في حالة الاجتنان والاتصال ، ثم الحكم أن الصبي يُقضىٰ له بالإسلام تبعاً إذا أسلم أحد والديه ، أو أسلما .

٦٠٧١ـ ثم اتفق الأصحاب علىٰ أن هـٰذه التبعية تحصل بإسلام الأم حصولَها بإسلام الأب ، وإن لم تكن الأم من أهل الولاية علىٰ ظاهر المذهب .

ولو أسلم جدّ الصبي أو جدته، فالترتيب المرضي أن ذلك إن كان بعد موت الأبوين ، يتضمن إسلام الطفل ، وإن كان في حياة [الأبوين][1] ، أو حياة أحدهما ، ففي الحكم بإسلام الطفل **وجهان**، ثم لم يفرِّق الأئمةُ بين من يرث وبين من لا يرث من الأجداد ، أو الجدات ، والأصل في الباب تغليبُ الإسلام من أي جهة أتىٰ ، وإنما انتظم الوجهان في بقاء الأبوين ، أو في بقاء أحدهما، من جهة أن الاستتباع من الأجداد ، أو الجدات ، قد يبعد مع بقاء من هو الأصل في الولادة .

وقد ذكرنا ترتيباً فيمن يرجع في الهبة من الأصول ، وهـٰذا لا يُنحىٰ به ذلك النحو ، لما ذكرناه من أن الأصل تغليبُ الإسلام . والقياسُ منعُ الرجوع في الهبة وإحالةُ ثبوته علىٰ قول الشارع .

وفي الأئمة من لا يثبت للأم الرجوعَ في الهبة، لاختصاص الخبر بالوالد .

٦٠٧٢ـ فإذا ثبت أن الصبي يتبع الأبوين في الإسلام وإن حصل العلوقُ به على الشرك ، فترتيب المذهب في أحكام الطفل مضطرب في الطرق ، ونحن نأتي إن شاء الله عز وجل بأضبط ترتيبٍ ، وأجمعه [المضمون][2] الطرق ، فنقول أولاً :

نفرض لمن يثبت له حكم الإسلام بالتبعية بعد العلوق على الشرك **ثلاثَ** مراتب :

إحداها ـ في الصِّبا .

---

(١) في الأصل : الابن .
(٢) في الأصل : لمصير .

والأخرىٰ ـ بعد البلوغ ، وقبل أن يُعرب عن نفسه بكفرٍ أو إسلام .

والثالثة ـ في إعرابه عن نفسه .

فأما القول في حال الصبا ، فإنا نحكم له ناجزاً/ بحكم الإسلام من جميع الوجوه ، ٢٦١ ي فيُنفَق عليه من بيت المال إذا مست الحاجة إليه ، ونقول : لو قتل في صباه ، وكان قاتله مسلماً ، وجب القصاص عليه ، ويرثه المسلمون لو مات ، ويرث هو بنفسه المسلم ، وحكمه حكم من حصل علوقُه علىٰ إسلام أحد أبويه ، وهـٰذا حكمُ الحال .

ومن الأحكام أنه لو كان رقيقاً ، فأعتقه مظاهرٌ عن كفارته[1] ، حكمنا ببراءة ذمته عن الكفارة ، وجوّزنا له الإقدامَ علىٰ وطء التي ظاهر عنها .

ولو جرت هـٰذه الأحكام ، [ومات][2] الطفل ، فقد استقرت الأحكام .

هـٰذا حكم هـٰذه المرتبة .

٦٠٧٣ـ ومما يدور في النفس أنا إذا فرعنا على الوجه الضعيفِ نقلاً ، القويِّ توجيهاً ، وقلنا : يصح من الصبي الاستقلالُ بالإسلام ، كما ذهب إليه **أبو حنيفة** . فهل نقول لو أسلم أحد الأبوين والصبي بمحلّ أن يستقل علىٰ هـٰذا الوجه : إنه يتبع المسلمَ من أبويه ؟ هـٰذا مما تردد فيه **أصحاب أبي حنيفة** رضي الله عنه ، وهو لعمري محل التردد ؛ فإن الجمع بين إمكان الاستقلال ، وبين إثبات التبعيّة بعيدٌ .

ثم قال **أبو حنيفة**[3] : يصح ردّة الصبي كما يصح إسلامه ، ولا شك أنا نقول بذلك إذا فرعنا علىٰ هـٰذا الوجه ؛ نظراً إلى الاعتقاد ووقوعه . وقد ينقدح لذي نظر أن يصحح ما فيه صلاح الصبيّ ويُحبط نقيضَه ، كما ذهب إليه **بعض أصحاب أبي حنيفة**[4] ، والعلم عند الله تعالىٰ .

---

(١) واضح من سياق الكلام أنه يشترط في الرقبة التي يكفر بها المظاهر أن تكون مؤمنة . وهـٰذا من باب حمل المطلق على المقيد ، الذي يقول به الشافعية هنا. بخلاف الأحناف الذين لا يشترطون الإيمان في رقبة كفارة الظهار ؛ لأنهم لا يحملون المطلق على المقيد هنا .

(٢) في الأصل : وفات .

(٣) ر . مختصر الطحاوي : ٢٦٠ ، المبسوط : ١٠/ ١٢٢ ، مختصر اختلاف العلماء : مسألة ١٦٤٠ ، ٣/ ٤٩٠ .

(٤) الذي يعنيه الإمام هو «أبو يوسف» (ر. المراجع السابقة).

٦٠٧٤ـ وقد عدنا إلىٰ ترتيب الكلام ، فنقول : إذا بلغ من حَكَمْنا له بالإسلام في صباه للتبعية التي وصفناها ، فكيف حكمه ما بين البلوغ إلىٰ أن يُعرب عن نفسه بكفرٍ أو إسلام[1] ؟

فالرأي أن يقدَّم حكمُ إعرابه عن نفسه ، فنقول : إن أعرب عن نفسه بالإسلام ، فلا كلام ، وقد استقرت الأحكام علىٰ موجب التبعية التي وقع القضاء بها .

وإن أعرب عن نفسه بالكفر ، **فللشافعي قولان** : **أحدهما** ـ أن نجعله مرتداً . **والقول الثاني** ـ وهو الذي يميل إليه ظاهر النص الذي ذكره **المزني** ـ أنا لا نحكم بكونه مرتداً .

توجيه القولين : من حكم بكونه مرتداً ، احتج بأن هـٰذا كفرٌ جرىٰ ممّن تقدم له الحكم بالإسلام ، فصار كما لو كان حصل العلوق على الإسلام .

ومن قال بالقول الثاني ، احتج بأن الصبيّ خلق على الكفر ، ثم جرىٰ إسلامُ الوالدين بعد ذلك ، فاقتضىٰ تبعيّةً في الإسلام ممزوجةً بالتوقف ، فإذا تبينا بإعرابه عن نفسه بالكفر أنه على الكفر الذي فطر عليه ، فالنظر إلىٰ إعرابه الآن أولىٰ من النظر إلىٰ تبعيةٍ سبقت ، وليس كما لو فطر على الإسلام ، فإنه جزءٌ من مسلم ، كما قررناه مع قوة الإسلام في العلوق والغلبة .

التفريع على القولين :

٦٠٧٥ـ إن حكمنا بكونه مرتداً ، لم يخف حكمه ، ولم يُنْقَض بردته ما أمضيناه من أحكام إسلامه قبلُ .

وإن حكمنا بأنه كافر أصلي ، فنقول أولاً : إن كان الكفر الأصلي بحيث يُقَرُّ عليه بالجزية ، فإذا بدا ذلك من هـٰذا الشخص ، فإن قبل/ الجزية ، أقررناه . وإن أبىٰ ، ألحقناه بدار الحرب ، ولم نر اغتياله . ش ٢٦١

وإذا كان ذلك الكفر مما لا يُقَرُّ عليه بالجزية ، لم نقره بها ، وألحقناه بدار الحرب .

---

(١) هـٰذه هي المرتبة الثانية ، والثالثة معاً .

وإن كان أبواه على كفر ابتداء ، وأعرب هو عن نفسه بكفرٍ آخر، مثل إن كانا يهوديين ، فأبدى هـٰذا تنصراً ، أو على العكس ، فالقول الوجيز فيه : أنا نجعله كمن ينتقل من ملة في الكفر إلىٰ ملةٍ ، وسيأتي تفصيل الأقوال في أن من فعل ذلك هل يُقر على الكفر الذي انتقل إليه ، وموضع استقصائه كتاب النكاح، إن شاء الله تعالىٰ .

٦٠٧٦ـ فإذا تبين هـٰذا ، قلنا بعده : الأحكام التي سبقت مترتبة علىٰ تبعية الإسلام هل تنتقض ؟ وقد أعرب عن نفسه بالكفر ؟ إن قلنا : إنه مرتد ، فلا شك أنا لا ننقض شيئاً مما تقدم .

وإن قلنا : إنه كافر أصلي ، فكل حكمٍ قررناه بعد البلوغ قبل الإعراب ، فهو منقوض .

وكل حكم كُنّا أمضيناه في الصبا ، فهل ننقضه الآن ؟ فعلىٰ **وجهين** : **أقيسهما** ـ أنا ننقضه ، والمعنيّ بنقضه أنا نتبيّن انتقاضَه ، فإن كان أعتقه مُكَفِّرٌ تبيناً بالأَخَرة أن ذمته لم تبرأ ، وإن كنّا ورّثناه من مسلم ، تبيَّنا ارتداد ذلك الإرث . وإن كنا أنفقنا عليه من بيت المال، استرددناه . ولو حرمناه في صباه الإرث من كافرٍ ، نتبين الآن عوْده إلى الاستحقاق .

وهـٰذا كله قياس قولنا : إنه كافر أصلي ؛ إذ لو كنّا نُبقي تلك الأحكام ، لكان هـٰذا الكفر بعد إسلام، والكفرُ بعد الإسلام ردة .

ومن أصحابنا من قال : لا ننقض شيئاً من أحكام الإسلام التي أمضيناها في حالة الصبا ؛ فإنها جرت والتبعية قائمة ، والاستقلالُ بالكفر والإسلامِ غيرُ ممكن [من الصبي][1] ، فلا ننقض ما مضى الحكم به ، وإنما تُرد الأحكام الواقعة بعد البلوغ . وهـٰذا وجهٌ ضعيف في القياس ، مشهور في الحكاية .

وقال **صاحب التقريب** : إن نقضنا أحكام الصبا ، وتتبعناها ، لم ننقض النفقة ، ولم نستردها ؛ فإن السلطان لو صرف شيئاً إلىٰ ذمي من المحاويج ، لم يبعد ذلك عن وجه الصلاح .

---

(١) ساقط من الأصل .

فإن قيل : فمن يتوقع تبيّن انتقاض هٰذه الأحكام هلا توقف فيها ، ولم يُمضها ؟ قلت : أجمع الأصحاب علىٰ إمضائها لتأكد التبعيّة وسقوطِ استقلال الصبي . وهٰذا يناظر تبرعات المريض ؛ فإنها تُنفذ في الحال ، ولا يُعترض على المتبرَّع عليه بل يتسلط علىٰ جميع جهات التصرفات . وإن كنا قد نتتبّعُها بالانتقاض تبيُّناً ، إذا مات من مرضه الذي تبرع فيه .

هٰذا منتهى القول في تفريع حكم الكفر إذا بنينا علىٰ أنه كافر أصلي ، وقد أعرب عن نفسه بالكفر .

٦٠٧٧ـ فأما إذا بلغ ولم يعرب بعدُ عن نفسه ، فلو أعتقه معتق عن كفارته في هٰذه الحالة ، فكيف السبيل ؟ وكذلك كيف توريثه من المسلم والكافر ؟ وكيف التوريث منه ، وهل [نستديم][1] الإنفاق عليه من بيت المال مع/ استمرار حاجته ؟ ي ٢٦٢

ما كان يقطع به **شيخي أبو محمد** ، وتابعه عليه **صاحب التقريب** : أنا نخرّج ذلك على القولين في أنه لو أعرب عن نفسه ، فهو مرتد ، أو كافر أصلي ؟ فإن حكمنا بكونه مرتدّاً ، فحكم الإسلام ثابتٌ قبل أن يُعرب عن نفسه بالكفر ؛ فإنا نقول : إن أعرب بالإسلام ، فقد استمر الإسلام وحكمه ، وإن أعرب بالكفر ، جعلنا الكفر قاطعاً للإسلام من وقته ، وهٰذا معنىٰ وصفه بكونه ردّة . فعلىٰ هٰذا كل ما يجري قبل إعرابه مُقَرٌّ علىٰ حكم الإسلام ، فلو قُتل ، وجب القصاص علىٰ قاتله ، وإذا مات ورثه المسلم ، ويرث هو من حميمه المسلم ، ولو أُعتق أجزأ ، ويُنفَق عليه من مال المسلمين ، ثم لا يُتبع شيء من هٰذه الأحكام بالنقض .

٦٠٧٨ـ وإن حكمنا بأنه لو أعرب عن نفسه بالكفر ، لكان كافراً أصلياً ، ففي حكمه بعد البلوغ ، وقبل الإعراب تفصيلٌ نسوقه علىٰ أبلغ وجهٍ وأجمعه للمقصود ، فنقول : ما أمكن الانعطاف عليه تبيُّناً ، فإنا نتبيّن ارتفاعه وانتقاضه ، كإرثٍ قدّرناه لهٰذا الشخص من حميمٍ له مسلمٍ مات ، وكالإعتاق عن الكفارة ، فما كان كذلك ، فإذا

---

(١) في الأصل : نستثني .

أعرب عن نفسه بالكفر تبيّن ارتفاع ما يقبل الانعطافَ عليه بالنقض ، فالميراث مردود ، والعتق غير مجزىء .

ولصاحب التقريب وقفةٌ في النفقة ، واستردادها ، تقدّمت الإشارة إليها .

وما يجري بعد البلوغ قبل الإعراب ، ثم يفوتُ الإعراب بموتٍ أو قتلٍ ، ففي الجميع **وجهان** ، وهـٰذا كما لو قُتل أو أُعتق عن كفارة ، ثم مات قبل أن يعرب ، أو يموت حميم له مسلم ، ثم يموت قبل أن يعرب ، ففي وجهٍ نقول : هـٰذه الأحكام ممضاة على الإسلام الذي جرى الحكمُ به في الصبا ، وفي وجهٍ لا نمضيها ؛ فإن سبيل التبعية هو الصغر ، وقد انقضىٰ ، والكفر الأصلي مرتقب ، فإذا فات الإعراب بالكفر أو الإسلام وقد [انقطعت][1] التبعية من أصلها ، فالوجه ردُّ الأمر إلىٰ كفر الفطرة ، وينبني علىٰ هـٰذا ما هو في الحقيقة عين ما ذكرناه . ولـٰكنا نبدّل صيغةَ الكلام للتهذيب و[تدريب][2] الناظر ، فنقول : إذا مات له حميم مسلم ، فنقف الميراث أو نسلمه إليه ؟ وإذا أعتقه مظاهر ، فنُحِل قِربانَ التي ظاهر عنها[3] ، أو نتوقف ؟ فعلىٰ **وجهين** هـٰذا تحقيق القول فيما [ذكروه][4] .

٦٠٧٩ـ ولا بد بعد طول الكلام ، وامتداد التفريعات من إعادة ترجمة تحوي ضوابطَ ، ونعطف آخر الكلام علىٰ أوله فنقول : إن جعلنا إعرابه عن نفسه بالكفر ردةً ، فما جرىٰ في الصبا وبعد البلوغ مُقَرٌّ علىٰ حكم الإسلام من غير استثناء . وإن قلنا : إعرابه عن نفسه بالكفر يُبيّن كونَه كافراً أصلياً ، ففيما جرىٰ في الصبا **حكمان** : **أحدهما** ـ التنفيذ[5] في الحال ، والآخر الانعطاف بالنقض . فأما التنفيذ/ ، فهو ثابت في حالة الصبا ، وفي الانعطاف بالنقض **وجهان** لقيام سبب التبعية ، وأما ما يجري بعد [6] ٢٦٢ ش

---

(١) (د١) ، (ت٣) : انقضت .

(٢) في الأصل : تقريب ، وفي باقي النسخ تدرّب . والمثبت اختيارٌ من المحقق .

(٣) ظاهر عنها : لا أدري لماذا أجمعت النسخ الأربع على التعبير بلفظ : « ظاهر عنها » مع أن عبارة القرآن الكريم : ﴿ يُظَٰهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَآئِهِم ﴾ [المجادلة : ٢] . أقول هـٰذا مع علمنا بما قاله النحاة من أن (عن) تأتي مرادفة لـ (مِن)!!

(٤) في الأصل : ذكرناه .

(٥) (د١) ، (ت٣) : التقييد .

(٦) ما بين القوسين سقط من جميع النسخ ما عدا الأصل .

البلوغ وقبل الإعراب إن أمكن الانعطاف عليه ، نُقض إذا جرى الإعراب بالكفر .

وإن فات الإعراب بالموت ، ففي الانعطاف **وجهان** من غير أن يتحقق إعرابٌ بالكفر . وفي الحكم بالتنفيذ **وجهان** .

هـٰذا حاصل المذهب .

ولصاحب التقريب ميْلٌ إلى الفرق بين النفقة وغيرها .

وإن رأينا التنفيذ حيث انتهى الكلام إليه ، ولم نر النقضَ إذا فات الإعراب ، ففي وجوب القصاص علىٰ [قاتله مع][1] هـٰذا ترددٌ . ونص **الشافعي**[2] يميلُ إلىٰ سقوط القصاصِ ، والسبب فيه تعرّض القصاص للاندفاع بالشبهة[3] .

ثم نقل المعتمدون **أن الشافعي** أسقط القصاص وأوجب دية مسلم . وهـٰذا فصلٌ عظُم[4] فيه اختباط[5] الأصحاب والذي ذكرناه مضبوط ـ إن شاء الله عز وجل ـ نقلناه علىٰ ثبت وتحقق .

٦٠٨٠ـ فإذا انتجز ما نحاوله ؛ فإنا نذكر بعد ذلك هفوتين لا نعدّهما من المذهب ، ولا نجدُ بداً من نقلهما . قال من يُعتمد نقله : قال **القاضي** : « إذا قُتل الصبيُّ التابع في الإسلام ، وجب القصاص علىٰ قاتله . وهـٰذا لا مراء فيه ، ولو قتل بعد البلوغ ، وقبل الإعراب ، فلا قصاص علىٰ قاتله ، ولو حكمنا بأنّه لو أعرب ، كان مرتدّاً » ، وأجرىٰ نص **الشافعي** على القولين .

وهـٰذا زلل لا يستريب فيه منصف . ونصُّ **الشافعي** جرىٰ على القول الآخر . والذي نقله **المزني** عن **الشافعي** في **المختصر** : أنه لو أعرب عن نفسه بالكفر ، لم نحكم بردّته ، ولم يجبر على الإسلام ، ثم استاق التفريع علىٰ هـٰذا ، وكيف ينتظم قول من

---

(١) ساقط من الأصل .
(٢) (د١) ، (ت٣) : وميل النص .
(٣) وجه الشبهة هنا أنه لم يعرب عن نفسه ، « فسكوته يحتمل الكفر والجحود » علىٰ حدّ عبارة الرافعي .
(٤) (د١) ، (ت٣) ، (ت٢) : عظيم .
(٥) في الأصل ، (ت٣) : احتياط . وغير مقروءة في (د١) ، والمثبت من (ت٢) .

يقول : لو أعرب بالكفر ، كان مرتداً ، ولا يثبت له حكم الإسلام قبله .

٦٠٨١ـ والهفوة الثانية أنه حُكي عن **القاضي** في المقام الذي نفى القصاص فيه أنه قال : لو مات في هـٰذه الحالة قبل الإعراب ، ورثه حميمه ، ولو مات له حميمٌ مسلم ، فإرثه عنه موقوف . أما التوريث منه، فخارج علىٰ أنه إذا أعرب هل يُنقض حكم الإسلام ، وأما قوله : فإرثه عنه موقوف ؛ فإنه إن عنىٰ به أنه يقال له : أعرب عن نفسك بالإسلام ،فهـٰذا قريب ؛ فإنا نستفيد به الخلاص من الخلاف ، وقد فات ذلك إذا كان هو الميّت . وإن مات حميمه ثم مات هو قبل أن يعرب ، فلا يجوز أن يُعْتَقَدَ فرق بين التوريث عنه وبين توريثه .

٦٠٨٢ـ ومما يتصل بهـٰذا أنه لو مات صبيّاً ، دفن في مقابر المسلمين ، وأقيم في تجهيزه ودفنه والصلاة عليه شعار المسلمين .

ولو مات بعد البلوغ وقبل الإعراب ، فهل يدفن في مقابر المسلمين ؟ الذي يظهر عندي أنه يُتساهل في هـٰذا ، ويقام فيه شعار الإسلام/ ، ولا يُضن عليه بمدفنٍ في مقابر المسلمين ، والذي يقتضيه القياس الترتيبُ على التفصيل الذي ذكرناه . ٢٦٣ ي

هـٰذا بيان القول في استتباع الأبوين المولودَ في الإسلام بعد العلوق على الشرك .

٦٠٨٣ـ فأما المجنون ، فإن بلغ على الجنون ، فهو كالصغير ، وإن بلغ عاقلاً ، ثم جن، فيبتني [أمرُه][1] علىٰ ولاية المال .

فإن قلنا : تعود ولاية المال إلى الأب، فإذا أسلم يستتبعه في الإسلام ، كما لو بلغ مجنوناً .

وإن قلنا : لا يليه الأب ، ويليه السلطان ، فإذا أسلم الأبُ، لم يستتبعه ، والسلطان يلي الكافر والمسلم بالولاية العامة .

وإن قلنا : تعود الولاية إلى الأب ، فلو أسلمت الأم، استتبعته أيضاً ؛ لأنا مهْما[2] أثبتنا التبعية من جانب الأب؛ فإنا نثبتها من جانب الأم .

---

(١) ساقطة من الأصل .
(٢) «مهما»: بمعنىٰ (إذا).

وكل ما ذكرناه كلام في جهة واحدة في التبعية .

٦٠٨٤ـ فأما استتباع السابي المسبيَّ الطفلَ ؛ فإنا نقول فيه :

إذا سبى المسلمُ طفلاً من أطفال الكفار منفرداً عن الأبوين ، فالطفل يتبع السابي في الإسلام ؛ لأنه صار من جملته وتحت قهره وولايته ، فيتبعه في حكم الدين ، وهٰذا يتم بأن يُعلَم أن السَّبْي يقلبه عما كان عليه قلباً كليّاً ؛ فإنه كان محكوماً بحرّيته ، متعلقاً بسبب الاستقلال إذا بلغ ، والآن قد رُقّ بالسبي ، حتىٰ كأنه عُدِمَ عمّا كان عليه ، واستُفتح له وجودٌ تحت ولاية السابي .

٦٠٨٥ـ ولو كان السّابي ذمّياً توطّن[1] بلاد الإسلام ، فقد ذكر أصحابنا **وجهين** : **أحدهما ـ** أنه يحكم له بالإسلام ؛ فإن السَّابي من أهل دار الإسلام .

وهٰذا كلام غث ، لا أصل له ؛ فإن كونه من أهل دار الإسلام لم يخرجه عن حقيقة الكفر ، ولم يُخرج أولاده عن تبعيته في الكفر ، فيستحيل أن يؤثر ذلك في إسلام مَسْبِيّه . وهٰذا هو **الوجه الثاني** الذي يجب القطع به .

فإذا فرعنا على الأصح ، وهو أنا لا نحكم بإسلام المسبيّ ، فلو أسلم السابي بعد السَّبي ، فالإسلام الطارىء لا يُثبت للمسبيِّ حكمَ الإسلام وفاقاً ؛ فإنا نعتبر حالة السّبي وعندها يتحقق تحول الحال .

٦٠٨٦ـ ولو باع الكافر الطفلَ الكافرَ من مسلم ، لم يثبت له حكم الإسلام لثبوت ملك المسلم عليه ؛ فإن هٰذا تجدّدُ المالك ، والرق مستمر . وقد ذكرنا ما في ابتداء السبي من تحويل الحال ، وكذلك يؤثر سبيُ الزوجين في ارتفاع النكاح عندنا ، ولا يؤثر تجدّدُ الملك على الزوجين الرقيقين في ارتفاع النكاح .

٦٠٨٧ـ وما ذكرناه فيه إذا سبى المسلمُ الطفلَ مفرداً عن الأبوين ، فأمَّا إذا سباه مع أبويه أو مع أحدهما ، فلا يُحكم بإسلامه تبعاً للسابي ، لم يختلف أصحابنا فيه ؛ لأن الأبوين أولىٰ بالاستتباع من السابي لمكان البعضيّة .

---

(١) (د١) ، (ت٣) : بقُطر .

وهـٰذا فيه بعضُ الغموض، من جهة أن الطفلَ إذا كان ذا أبوين ، [ولم][1] يكونا معه ، ثم أتبعناه السَّابي ، للرق الطارىء ، وحكمنا بأنه في حكم المُقْتَطَع عما كان عليه ، فكأنه ولد جديداً ، فكان لا يبعد [ألا يبالَىٰ][2]/ بكون الأبوين معه . ولـٰكن لم يختلف أصحابنا فيما ذكرناه ، وكأن الأمر مبنيّ علىٰ ألا نبحث عن أبويه ، وعن كفرهما ، وبقائهما وموتهما .

٢٦٣ ش

ولو سُبي الطفلُ مع أبويه ، أو مع أحدهما ، وامتنعت التبعيّة[3] ، فلو مات الأبوان بعد السبي ، فلا يُحكم بالإسلام ؛ لأن السَّبي في أصله لم ينعقد مُستتبِعاً ، فلا استتباع بعده .

فإذا ثبت ما ذكرناه ، فحكم الطفل التابع للسَّابي حكم الطفل التابع لأبويه في الإسلام ، في جميع ما ذكرناه ، فلا معنىٰ للإعادة إذا كان لا يفترق البابان .

٦٠٨٨ـ **فأما الجهة الثالثة** ـ وهي استتباع الدَّار ، فإنا نقول : **الدار قسمان** : دار الإسلام ودار الشرك .

فأما دار الإسلام ، فقد قسمها المرتّبون **ثلاثة أقسام** :

أحدها ـ دارٌ يقطنها المسلمون ، وهي تحت قبضة الإسلام ، فإذا وجد فيها لقيط ، واستبهم نسبه ، فإنا نحكم بإسلامه ظاهراً سواء كان الغلبة للمسلمين فيها أو للمشركين. والحكم بالإسلام أمرٌ أطلقناه ، وتفريع الأحكام نفصله .

٦٠٨٩ـ **وقسمٌ** هو تحت قبضة الإسلام ، ولـٰكن كان لا يسكنها إلا المشركون ، وهي دار افتتحها المسلمون ، واستوْلَوْا عليها ، وأقروا أهلَها فيها . فإن كان يساكنهم مسلمون ، أو مسلم واحد ، فحكم اللقيط الذي لا نسب له ـ الإسلامُ . وهـٰذا بعينه القسمُ المُتقدِّم ؛ فإنا قد ذكرنا أنه لا نظر إلىٰ غلبة أهل الذمة وكثرتهم .

وإن كان لا يساكنهم مسلم أصلاً ، فاللقيط المنبوذ منهم نحكم له بالكفر ، لم يختلف فيه أئمتنا .

---

(١) في جميع النسخ : وإن لم .
(٢) (د١) ، (ت٣) : أن يبالىٰ .
(٣) وامتنعت التبعية : أي للسابي .

٦٠٩٠ـ والقسم الثالث ـ ما كان من ديار الإسلام تحت قبضة المسلمين ، فانجلىٰ عنها المسلمونَ واستولىٰ عليها الكفار ، فإن كان لا يساكنهم مسلم أصلاً ، فالذي ذهب إليه جمهور الأصحاب أن اللقيط في تلك الدار كافر .

وذهب **أبو إسحاق المروزي** إلىٰ أنا نحكم للّقيط بالإسلام، من جهة أن مثل هـٰذه البلدة قد لا تخلو عن مسلمٍ ، لم يَنْجل فيمن انجلىٰ؛ لإلْف الوطن ، وهو يُخفي إسلامه ، ولقد كانت الدار منسوبةً إلى الإسلام قبلُ .

وهـٰذا كلام غير منتظم ؛ فإنه إذا فرض استيلاء الكفار ، والقطعُ بانجلاء جميع المسلمين ، فلا يتحقق ما ذكره ، والدار بأن كانت في الزمن الماضي للمسلمين لا تقتضي استتباعاً .

نعم ، لو كان يساكنهم مسلمٌ ، أو مسلمون ،فهـٰذا فيه تردد ، يجوز أن يقال : يثبت للقيط حكم الإسلام ، ويجوز أن تجري هـٰذه الدار ، وقد استولىٰ عليها أهل الحرب مجرىٰ دار الحرب ، وسنصف القولَ في دار الحرب الآن، إن شاء الله تعالىٰ .

٦٠٩١ـ ومما يتعلق بتمام البيان فيما نحن فيه أن اللقيط الموجود في دار الإسلام لو استلحقه ذميّ ، لحقه نسبه ؛ فإن الذمي من أهل الدعوة والاستلحاق ، ثم إذا لحقه نسب اللقيط ، فيحكم له بالإسلام ، أو الكفر ؟ فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما** ـ أنا نحكم له بالإسلام نظراً إلى الدار ، وتغليباً/ للإسلام . ي ٢٦٤

والثاني ـ أنا نحكم له بالكفر ؛ فإن نسبه ثبت من الذمّي الذي استلحقه ، والنسب أولىٰ بالاستتباع من الدار ، ولا خلاف أن أولاد أهل الذمة يتبعون أصولهم في الكفر ؛ وإذا استلحق الذمي لقيطاً في دار الإسلام ، ثم أكد استلحاقه ، فأقام بيّنة علىٰ نسب اللقيط منه ، فلا خلاف أنه يتبعه في الكفر ، ولا يتبع الدار في الإسلام ،فهـٰذا هو الترتيب المرضي .

٦٠٩٢ـ فإذا تمهد ما ذكرناه فيبتني علىٰ ذلك غرضنا ، ونقول :

إذا ثبت للمولود حكمُ الإسلام بتبعية الدار ، فقد اختلف أصحابنا : فمنهم من

قال : حكم من يتبع الدار في الإسلام حكم من يتبع أبويه ، أو يتبع السابي ، وقد مضىٰ ذلك .

ومن أصحابنا من قال : هـٰذا المحكوم له بالإسلام تبعاً للدار إذا بلغ وأعرب عن نفسه بالكفر ، فهو كافر أصلي قولاً واحداً ؛ فإن تبعيته الدارَ ضعيفة ، وهـٰؤلاء يقولون : لا يخرج في المسألة قول : إنه لو أعرب عن نفسه بالكفر بعد البلوغ نحكم بردته .

٦٠٩٣ـ ثم من سلك هـٰذه الطريقة [اضطربوا][1] في أحكامه[2] في الصبا ، فقال قائلون : هي مُنفَّذة ، وإنَّما التردّدُ فيما ذكرناه من الإعراب بعد البلوغ .

ومن أصحابنا من قال : لا يُقطع بتنفيذ الأحكام ، بل نتوقف إلىٰ أن يبلغ ، فيعربَ عن نفسه بالإسلام ، فإن مات في صباه ، لم نحكم له بشيءٍ من أحكام الإسلام .

وإلىٰ هـٰذا مال **صاحب التقريب**، وخرّج اختياره علىٰ أصلٍ سنذكرُه ، بعد هـٰذا ، وهو أن اللقيط التابع للدار في ظاهر الإسلام لو قتله مسلمٌ ، ففي توجّه القصاص عليه **قولان** . قال **صاحب التقريب** : إن أوجبنا القصاص ،فهـٰذا يخرّج علىٰ تنفيذ أحكام الإسلام في حالة الصّبا ، وإن لم نوجب القصاص ،فهـٰذا يخرج علىٰ أنا لا ننفذ حكمَ الإسلام في الصبي .

٦٠٩٤ـ وقد قال بعض أصحابنا في توجيه نفي القصاص : إن علة سقوطه أنه لو ثبت ، لاستحقه المسلمون ، وفيهم الأطفال والمجانين ، وبلوغ الأطفال وإفاقة المجانين من أولياء الدم منتظران عندنا .

وهـٰذا غير مرضي عند **صاحب التقريب** ؛ فإن الاستحقاق لا يعزىٰ إلىٰ أعيان المسلمين ، وإنما يُعزىٰ إلىٰ جهة الإسلام . ولو كان الاستحقاق ينسب إلىٰ أشخاص المسلمين ، لما صح ممن ليس له وارث[3] خاص أن يوصي لطائفةٍ من المسلمين ؛ فإن

---

(١) في الأصل : اضطروا .

(٢) في (د١)، (ت٣): أحكام.

(٣) (د١) ، (ت٣) : ممن هو وارث خاص .

ذلك على التقدير الذي ذكره هـٰذا القائل وصيةٌ للوارث ، فالقول إذاً موجَّهٌ بالتوقف الذي ذكرناه .

وسنعود إلىٰ تقرير هـٰذا في فصل القصاص، إن شاء الله تعالىٰ .

وإذا انتهى الناظر إلىٰ آخر هـٰذا الفصل ، استبان أن ما أطلقناه من الإسلام بتبعيّة الدار قد لا يطلقه بعض الأصحاب ، بل يتوقف فيه ؛ فإن التوقف في حكم الإسلام توقفٌ في الإسلام .

وقد نجز غرضنا من أحكام التبعية في الإسلام ، ولم يبق إلا حكم دار الحرب .

٦٠٩٥ـ ونحن نقول : كل بلدة مختصة بأهل الحرب لا يساكنهم فيها مسلم ، فاللقيط [فيها][1] كافر ، ولا خلاف أنه لا يُنظر إلىٰ من يطرق عابراً من المسلمين إذا كان لا يساكنهم، فإن كان يساكنهم/ ، تجارٌ من المسلمين ، ففي اللقيط **وجهان** : ش ٢٦٤ **أحدهما** ـ أنه يحكم بإسلامه ؛ نظراً إلى المسلمين المساكنين . **والثاني** ـ لا يحكم له بالإسلام نظراً إلى الدار ، وغلبة الكفر فيها . ونحن لا نجتزىء بالإمكان المجرّد ؛ إذ لو اكتفينا به ، لحكمنا بالإسلام لطروق المجتازين من المسلمين ، هـٰذا والمساكنون تجار .

فأما إذا كان في تلك البلدة أسارىٰ من المسلمين ، ففي اللقيط **وجهان** مرتبان على الوجهين فيه إذا كان في البلدة تجار مساكنون ، والأسرىٰ أولىٰ بألا يؤثر كونهم[2] ؛ لأنهم تحت الضبط ، بخلاف التجار .

ومن يذكر في الأسارىٰ خلافاً ، فلعله يفرض في قوم ينتشرون ، وهم ممنوعون من الخروج من البلدة ووراءهم العيون ، فأمَّا المحبوسون في المطامير ، فلا يتجه لكونهم أثر ، وكونهم أخفىٰ أثراً في إمكان الإعلاق من طروق التجار .

وهـٰذا منتهى الفصل .

---

(١) في الأصل : فيهم .

(٢) كونهم : واضح أن (كان) تامة هنا بمعنىٰ وجد .

فصل

قال : « ولو أراد الذي التقطه الظَّعْن به . . . إلىٰ آخره »[(١)] .

٦٠٩٦ـ إذا أراد ملتقط المنبوذ أن يسافر به ، قال **الشافعي** : إن كان أميناً ، وظهرت الثقة به ، وعُرفت أمانته ، مُكِّن منه ، وإلا ، فلا يُمكَّن ؛ مخافةَ أن يسترقَّه .

فإن قيل : ألستم قدّمتم في أول الباب عند ذكركم من هو من أهل الالتقاط ، ومن ليس من أهله ، إن الفاسق ، ومن لا يؤمَن ليس من أهل التقاط المنبوذ ، وإذا كان كذلك ، فلا معنىٰ للتفضيل الذي ذكره آخراً ، ويجب أن يقال : من كان من أهل الالتقاط ، فهو من أهل المسافرة ؛ فإنه لا يلتقط إلا أمين موثوقٌ به ؟

قلنا : فيما قدمناه ما ينبه على الجواب عن هـٰذا ، فإنا قلنا : لا يمتنع الالتقاط ممن هو مستور الحال ظاهره الخير ، ثم أوضحنا ما يليق بحال من هـٰذا وصفه ، فوقع كلامُ **الشافعي** في التقسيم دائراً بين من بانت عدالته ظاهراً ، وخبرنا سريرته باطناً ، وبين المستور .

والجواب فيهما أن من خبرنا سريرته ، وعثرنا علىٰ حسن سيرته ، لا نمنعه من المسافرة ؛ ثقةً بما بيّناه من أمانته .

وإن كان مستور الحال ، لم نتركه يسافر باللقيط حتىٰ يصير مختبر السيرة والسريرة ظاهراً وباطناً ؛ فإنَّا لا نأمن أن يسافر به ، فيسترقّه ، فهـٰذا محمل كلام **الشافعي** .

٦٠٩٧ـ فإن قيل : هلاَّ حملتم كلامه على التفاصيل التي ذكرتموها في نقل اللقيط من العمران إلى البرية قلنا : ما يمتنع من ذلك ، فهو ممتنع على العدل الرضا الذي تثبت عدالته سرّاً وعلناً ؛ فإذا كان كذلك ، فليس هـٰذا مما يختلف بالأمانة وخفائها ، فلا محمل لكلام **الشافعي** إلا ما ذكرناه .

---

(١) ر . المختصر : ٣/ ١٣٣ .

فصل

قال : « وجنايته خطأ علىٰ جميع المسلمين . . . إلىٰ آخره »[١] .

٦٠٩٨ـ مضمون هـٰذا الفصل الكلامُ في جناية اللقيط علىٰ غيره، وجناية الغير عليه.

فأما إذا جنىٰ ، وهو طفل ، فلا يخلو: إما أن يجني خطأً أو عمداً في [الحس][٢] .

٦٠٩٩ـ فإن جنىٰ خطأً ، فموجَب جنايته مضروب علىٰ بيت المال ؛ إذ ليس له عاقلة/ على الخصوص ، فأروش جناياته مضروب على الجهة التي يصرف إليها مالُه لو مات . ي ٢٦٥

٦١٠٠ـ وإن جنىٰ عمداً في الصورة ، فهـٰذا يبتني علىٰ قولين سيأتي ذكرهما ، في أن الصبيّ هل له عمد ؟ فإن قلنا : لا عمد له في الحكم ، فحكم جنايته ، وهو عامد في الصورة ، كحكم جنايته وهو مخطىء .

٦١٠١ـ وإن قلنا لعمده حكمٌ ، فموجب جنايته مضروب علىٰ ماله إن كان له مال ، وإن لم يكن ، فهو متعلِّق بذمته إلىٰ أن يجد مالاً ، فإن وجده في صباه ، أُخرج موجَب الجنايةِ عنه ، وإن لم يجده حتىٰ بلغ ، تعلّقت الطَّلبة به إن كان له شيء .

فالغرض بيان انقطاع الطَّلبة عن بيت المال ؛ فإن بيت المال إنما يتحمل أرش جناية يتحمل مثلَها العاقلةُ الخاصة لو كانوا .

٦١٠٢ـ ولو أتلف مالاً ، فلا يكاد يخفىٰ أنه لا يُضرب بدلُ ما أتلف علىٰ بيت المال ؛ فإن هـٰذا الغرم غيرُ معقول ولا محمول .

٦١٠٣ـ فأما الجناية عليه ، فلا تخلو إما أن تكون خطأً ، أو عمداً .

فإن كانت خطأً ، فعلىٰ عاقلة الجاني علىٰ تفاصيلَ سيأتي ذكرها في كتاب الديات، إن شاء الله تعالىٰ .

---

(١) ر . المختصر : ٣/ ١٣٣ .

(٢) في الأصل : الجنين ، (ت٢) : الجنس ، والمثبت من (د١) ، (ت٣) .

٦١٠٤ـ وإن كانت عمداً يوجب مثلُه القصاصَ ، فلا يخلوإمَّا أن يكون نفساً ، أو طرفاً .

فإن كانت نفساً ، فهل يجب القصاص علىٰ قاتله ؟ وهل للإمام أن يقتص منه ؟ الذي نقله **المزني** أن للإمام أن يقتص ، ونقل **البويطي** عن **الشافعي** أنه ليس له أن يقتص ؛ فنظم الأئمة **قولين** : **أحدهما** ـ ثبوت القصاص .

والثاني ـ انتفاؤه . ثم اختلفوا في توجيه القولين ، ونحن نذكر ما ذكروه ، ثم نُفرع علىٰ أصل القولين ، ومأخذهما ما يتفرع عليهما .

٦١٠٥ـ فقال قائلون : وجه قولنا : القصاصُ واجبٌ بناءُ الأمر علىٰ أنه محكوم بإسلامه مَعْصُوم الدم ، وحق عصمة الدم إيجاب القصاص على القاتل عمداً .

ووجه القول الثاني أن القصاص لا يجب ؛ لأنا لو قدرنا وجوبه، نسبنا استحقاقه إلى المسلمين كافة ، وفيهم الأطفال والمجانين ، فنزل منزلة من قُتل ، وفي أوليائه أطفال ؛ فإنه لا يجوز استيفاء القصاص دون بلوغهم ، وكذلك القول في انتظار إفاقة المجانين . هـٰذه طريقةٌ مشهورة في التوجيه .

ووجّه **صاحب التقريب** القولين بأن بناهما علىٰ أن المسلم بتبعية الدار هل تنفذ له أحكام الإسلام أم أمره في الحكم بالإسلام موقوف ؟

وقد تقدم هـٰذا .

٦١٠٦ـ وكان **شيخي** يفرّع على اختلاف الطريقين **مسائلَ يعددها** : **إحداها** ـ أن اللقيط لو كان بلغ وأعرب عن نفسه بالإسلام ، وقُتل ، فكيف سبيل القصاص ؟ فمن أخذ القولين من اشتمال المسلمين على الصبية والمجانين، طرد القولين في هـٰذه الصورة .

ومن أخذ القولين من التردد في إسلام اللقيط ، قطع القول هاهنا بوجوب القصاص .

والمسألة الأخرىٰ ـ أن يُقْتَل رجل نسيب ، ولا يخلّف وارثاً خاصاً ، وكان ماله مصروفاً إلى المصالح ، فأمره مخرَّجٌ علىٰ ما ذكرناه .

والمسألة الأخرىٰ ـ أن يموت رجل ، ويخلف حقَّ قصاصٍ ، كان ثبت له في حياته

لم يستوفه ، ولا عفا عنه ، وورثه المسلمون الآن ، فالذي يقتضيه قياسُ كلام معظم الأصحاب تخريجُ ذلك/ على القولين . ش ٢٦٥

والذي يقتضيه قياس **صاحب التقريب** أن للإمام أن يقتص في هـٰذه الصورة قولاً واحداً .

٦١٠٧ـ ثم إن لم نُثبت القصاصَ في الصورة [(١)] الأولىٰ ، أو في الصورة [(١)] المذكورة بعدها ، فعلى القاتل الدّيةُ ، والكفارة ، فالديةُ مصروفةٌ إلىٰ سهم المصالح من بيت المال .

فإن أوجبنا القصاص ، فقد أجمع الأئمة في الطرق علىٰ أنه لا يتعين على الإمام أن يقتص ، ولـٰكن لو أراد الرجوع إلى المال ، ورأىٰ ذلك صلاحاً ، فله ذلك ، وهـٰذا فيه بعض الميل عن القانون ؛ فإن وضع **القصاص عند الشافعي** علىٰ أن الوالي لا يملك إسقاطه ، غيرَ أن هـٰذا القصاص ليس علىٰ قياس غيره ؛ فإنه كما يمتنع عفوُ [الوالي][(٢)] يمتنع استيفاؤه ، غيرَ أن الشرع فوّض هـٰذا إلىٰ رأي الإمام ونظرِه ، وقد ذكرنا أن ما نضيفه إلىٰ رأي الإمام لا نريد به أن يتخيّر فيه ، بل نريد به أنه يرى الأصلح والأولىٰ ، والأليق بالحال ، ولوْ[(٣)] لم يثبت له العفو إذا رآه ، لخرج القصاص عن موضوعه ، ولتحتم استيفاؤه ، وهـٰذا يُفضي إلى التحاقه بالحدود ، التي لا محيد عنها ، هـٰذا منتهى القول فيه إذا قُتِل اللقيطُ عمداً وقتل من ليس له وارث خاص .

٦١٠٨ـ فأما القول في القصاص في الأطراف ، فإذا قطع جانٍ يدَ اللقيط ، فالقصاص ثابت على الجملة .

أما علىٰ طريقة جماهير الأصحاب ، [فعلة][(٤)] ثبوته أن مستحقّه اللقيطُ ، وهو متعيَّن ، بخلاف ما إذا قُتل ؛ فإنّ القصاص لو ثبت ، لاستحقه المسلمون ، وفيهم الأطفال والمجانين .

---

(١) ما بين القوسين سقط من (د١) ، (ت٣) .

(٢) في الأصل : الولي .

(٣) (د١) ، (ت٣) : ولم .

(٤) في الأصل : فعليه .

وأما علىٰ طريقة **صاحب التقريب** ، فالقول في القصاص يضاهي القولَ في الإسلام ، فلو بلغ وأعرب عن نفسه بالإسلام ، تبيّنا وجوبَ القصاص . ولو بلغ وأعرب عن نفسه بالكفر والجاني مسلم، تبينا علىٰ طريقته أن القصاص ، لم يجب ؛ فإن الإسلام أطلقناه معلقاً بتبعية الدار ، وفي تبعية الدار من الضعف ما وصفناه .

٦١٠٩ـ ثم إذا حكمنا بثبوت القصاص في الطرف ، فلو أراد السلطان أن يقتص ، لم يكن له ذلك ؛ فإن استيفاء القصاص علىٰ مذهبنا لا يتعلق بتصرّف الولاة .

[وحكىٰ **الشيخ أبو بكر**[١] عن **القفال** أنه ذكر وجهاً بعيداً في أن السلطان يستوفي القصاص الواجب في طرف المجنون ، وهـٰذا لم أره لأحد من الأصحاب ، ولم يورده أحدٌ عن **القفال** غيرُه ، وهو وإن كان يتجه إذا قلنا : يجوز إسقاط القصاص وأخذ الأرش ، فهو غير معتدّ به . قال : ولا خلاف أن الأب لا يستوفي القصاص للمجنون ، وإنما هـٰذا الوجه في السلطان ، ثم زيفه][٢] .

٦١١٠ـ ولو أراد السلطان أن يأخذ أرش الجناية ، فهل له ذلك ؟ الترتيب المرضي فيه ما ذكره **صاحب التقريب** .

قال : إن كان الصبي مميزاً غنياً ، فليس للوالي أن يأخذ المال ، بل يتوقف حتىٰ يبلغ الطفل ، ويقتص إن أراد .

والجاني يحبس ، ولا يخلّىٰ ؛ فإن في تخليته إحباط القصاص . ولا مبالاة بما عليه من الأذىٰ بسبب الحبس ؛ فإنه يعارضه إمهاله في الحياة ، وفي سلامة الأطراف . ثم ليس مما ذكرناه بدٌّ ، ونحن نحبس من عليه دين إلىٰ أن يتبين إعساره ، بأن كنا[٣] نجوّز تبيينه . وفي حبسه تنجيز مُعاقَبةٍ .

---

(١) الشيخ أبو بكر : المراد به أبو بكر الصيدلاني . كما نبهنا علىٰ ذلك من قبل .

(٢) ما بين المعقفين سقط من الأصل وحده .

(٣) (د١) ، (ت٣) ، (ت٢) : ونحن نجوّز . والمعنىٰ: أننا نحبس مدّعي الإعسار إذا كنا نتوقع أن له مالاً غيّبه، ونرجو أن يبينه ليخلص من الحبس. فإذا جاز هـٰذا، فحبس من عليه القصاص إلى بلوغ المجني عليه أولى.

ولو كان الصبي مجنوناً فقيراً ، وتحقق مسيس الحاجة إلى المال ، وبَعُد توقع الإفاقة من المجنون ، فالإمام يأخذ الأرش عند اجتماع هـٰذين المعنيين .

ولو كان الصبي مجنوناً غنيّاً ، أو كان فقيراً عاقلاً مميزاً ، ففي المسألة **وجهان** :

ي ٢٦٦ **أحدهما ـ** أنه يأخذ الأرش/ نظراً إلى الحاجة الحاقّة في إحدى الصورتين ، وإلى اليأس من الإفاقة في الأخرىٰ .

والوجه الثاني ـ أنه لا يأخذ الأرش أصلاً وينتظر ما يكون . والذي ذكره الأئمة من انتظار البلوغ في الصبيّ المميز الفقير متجهٌ . فأما الانتظار إلىٰ إفاقة المجنون، فعظيم ، وهو يؤدي إلىٰ تخليد الحبس على الجاني من غير انتظارٍ محقق . ولـٰكن هـٰذا لا بد منه مع التفريع علىٰ هـٰذا الوجه، ولسنا نقطع بحصول اليأس من الإفاقة .

٦١١١ـ ثم مهما[1] أخذ مَنْ إليه الأمرُ الأرشَ إما في صورة الوفاق ، أو في صورة الوجهين، فأخذه الأرشَ هل يتضمن إسقاطَ القصاص والعفوَ عنه حتىٰ لو بلغ الصبيّ مُفيقاً لا يرد الأرشَ ولا يستوفي القصاصَ أم له رد الأرش ، وطلبُ القصاص ؟ ذكر **صاحب التقريب** في ذلك وجهين ، وعبر عنهما بأنّ أخذ الأرش عدولٌ إليه بالكلية وإسقاطٌ للقصاص أم هو ثابت بسبب الحيلولة؛ من جهة أن القصاص الواجب لا سبيل إلى استيفائه ؟ فيه الخلاف الذي ذكرناه . وأخذ الأرش علىٰ وجهٍ نازلٌ منزلة أخذ المغصوب منه قيمة العبد الآبق من الغاصب ، وهـٰذا يتجه بعضَ الاتجاه، سيّما إذا أفضى الأمرُ إلىٰ إدامة الحبس ، ولـٰكن ينخرم بصورةٍ لا خلاف فيها، وهي إذا كان الصبيّ عاقلاً غنياً ؛ فإنا لا نثبت الرجوع إلى الأرش ، للحيلولة في هـٰذه الصورة أصلاً ، ولعل الجواب عنه أنه إذا كان إلى البلوغ مصيرُه ، فلا نجعل لهـٰذه الحيلولة حكماً ، غير أنه يلزم علىٰ مساق ذلك أن نقطع بامتناع الرجوع إلى الأرش إذا كان الصبي فقيراً مميزاً .

هـٰذا منتهى الكلام في ذلك .

٦١١٢ـ ثم ما قدمناه في السلطان واللقيط يجري مطّرداً في الطفل الذي يليه أبوه ،

---

(١) «مهما»: بمعنى (إذا).

والكلام في أنه يأخذ الأرش أم لا يأخذه على التفصيل المقدم .

وكان شيخي يقول : ليس للوصي في حق الطفل سلطانُ (١ أخذ الأرش ، وإنما يثبت هـٰذا لوالٍ ، أوْ وَليّ ١) .

وهـٰذا الذي ذكره حسن ، إذا جعلنا أخذ الأرش إسقاطاً للقصاص ، وإن حكمنا بأنه مأخوذ للحيلولة ، فيظهر تنزيل الوصي منزلة الولي .

علىٰ أن المسألة في أصلها ليست خاليةً عن الاحتمال ؛ فإن القصاص ليس داخلاً تحت الولاية استيفاءً وإسقاطاً حتىٰ يقال : هـٰذا النوع من التصرف من خصائص الولاة . والعلم عند الله تعالىٰ .

فَصْلٌ

قال الشافعي : « ولو قذفه قاذف . . . إلىٰ آخره »[٢] .

٦١١٣ـ أما قذف اللقيط غيرَه في صباه وبعد بلوغه لا يخفىٰ حكمه .

وأما إذا قذفه غيرُه ، فمقصود الفصل دائر على التردد في حرّيته ، فإنه إذا كان مشكل الحال ، أمكن أن يقدّرَ رقيقاً ، وسنصف بعد هـٰذا تفصيل القول في حرّيته ، وما يجري الحكم به ، إن شاء الله تعالىٰ .

ولـٰكن المختص بمضمون هـٰذا الفصل أن المقذوف إذا كان بالغاً مسلماً ، متعففاً عن الزنا ، وكانت حريته علىٰ ما أشرنا إليه ، فقال القاذف : أنت رقيق ، فلا حدّ/ علَيّ ، وقال المقذوف : بل أنا حُرّ ، فالذي نصّ عليه هاهنا أن القول قولُ المقذوف مع يمينه ، ونصّ في اللعان علىٰ أن القول قول القاذف ، فحصل في المسألة قولان . ٢٦٦ ش

قال الأئمّة : هما من تقابل الأصلين ؛ فإنّا إن نفينا الحدّ ، بنينا علىٰ أصل براءة الذمة ، وإن أوجبناه ، بنينا علىٰ أن الأصل في الناس الحريّة ، والرق عارض .

٦١١٤ـ ثم تخبط الأصحاب في مسائل أجرَوْها مجرىً واحداً ، وبعضها ليس من

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (د١) ، (ت٣) .

(٢) ر . المختصر : ٣/ ١٣٤ .

تقابل الأصلين عندنا . ونحن نذكر ما ذكره الأصحاب ، ثم نوضّح ما يليق بهـٰذا الفصل من المباحثة .

فممّا ذكروه إعتاق العبد الغائب الذي انقطع خبر حياته[١] ، قالوا : فيه **قولان** خارجان علىٰ تقابل **الأصلين** : **أحدهما** ـ أنا لا نحكم ببراءة الذمة ؛ لأن الأصل اشتغالُها بالكفارة .

القولُ الثاني ـ أنا نحكم ببراءة الذمَّة بناءً علىٰ أن الأصل بقاء العبد .

وقالوا أيضاً في العبد الآبق الذي انقطع خبره : هل يجب زكاة فطرِه علىٰ سيده ؟ فعلىٰ **قولين** مأخوذين من تقابل الأصلين : **أحدهما** ـ لا تجب بناءً علىٰ أصل براءة الذمة .

والثاني ـ تجب ، بناء علىٰ بقاء العبد .

وخرّجوا ما نحن فيه من وجوب الحد على القاذف علىٰ هـٰذا الأصل ، وألحقوا بذلك اجتماعَ غلبة الظن في النجاسة مع أصلٍ مستصحبٍ في الطهارة ، والاختلاف في ذلك مشهور على الجملة : **فأحد القولين** : يجوز الأخذ بالطهارة ، بناء على استصحاب الطهارة . **والقول الثاني** ـ أن التعلّق بما يغلب على الظن .

ولهـٰذا الأصل صور مذكورة في كتاب الطهارة .

٦١١٥ ـ وأول ما نرى استفتاحه والتنبيه عليه أن مسائل القولين في الطهارة ليست من قبيل تقابل الأصلين ؛ فإنا إذا رُمْنا طردَهما على التقابل ، لم ينتظم الكلام ؛ فإن العبارة على القولين في مسائل النجاسة : أنا في قولٍ نستصحب أصل الطهارة ، فلا نوجب إزالةً .

وفي **القول الثاني** ـ نوجب الإزالة تعلقاً بغالب الظن ، وتقديماً للاجتهاد على استصحاب الحال .

والوجه لو استند غالب الظن إلى اجتهادٍ ظاهرٍ ـ طَرْحُ استصحاب الحال .

وما ذكره الأصحاب من أنا لا نترك اليقين بالشك مجازٌ ؛ فإن اليقين غير معقول مع

---

(١) إعتاق العبد الغائب : أي إعتاقه عن الكفارة .

الشك ، فضلاً عن ثبوت غلبة الظن علىٰ خلافه .

وقد ذكرنا في مراتب الأدلة في الأصول أن التعلق باستصحاب الحال باطل في معارضة الاجتهاد . وسبب اختلاف الأدلة في القول في النجاسات ضعفُ الاجتهاد؛ من قِبل أن علامة النجاسة خفية ، فإذا فرض ظهورها ، كانت مستيقنة . فهـٰذا النوع إذاً من قبيل معارضة استصحاب الحال اجتهاداً ضعيفاً . وقد تجرّد الاستصحاب في الحدث والطهارة ؛ إذ لا علامة فيهما أصلاً . وإذا عدمنا الاجتهاد بالكلية ، استصحبنا ما كنا عليه .

فهـٰذا مسلك الكلام في ذلك .

٦١١٦ـ والذي يلتحق بقاعدة تقابل الأصلين على التحقيق المسألتان المذكورتان في غيبة العبد : / **إحداهما ـ** في أن إعتاقه هل يبرىء ذمة المعتق ؟ **والأخرىٰ** في أن فطرته هل تجب ؟ **ففي قولٍ** يبنى الأمر علىٰ بقائه ؛ فنوجب الفطرة ونبرىء الذمة عن الكفارة **وفي قولٍ** لا نبرىء الذمة ، ولا نوجب الفطرة . ٢٦٧ ي

وبالجملة مستند القولين اجتهادان يَعسُر علىٰ غير المدقق ترجيحُ أحدهما على الثاني، فمن لا يبرىء الذمة يقول : الأمر بالكفارة ثابت تحقيقاً ، فليكن الخروج عنها في الظهور بمثابة موجِب الكفارة ، وهـٰذا اجتهادٌ ونوعٌ من النظر . **والقائل الثاني** يقول : إذا أعتق ، فلسنا نستيقن بقاء الأمر بالكفارة الآن ؛ إذ لو تحققنا بقاء العبد ، لتبينّا براءة الذمة عن الكفارة ، وإذا تبيّن سقوطُ اليقين ببقاء الأمر ، فليس إلا التعلّق بنوعٍ من النظر المغلِّب على الظن ، والغالب على الظن بقاء العبد .

٦١١٧ـ ثم قد يظن كثير من الناس أنه لا يترجح في هـٰذا الفن قول علىٰ قول ، ولو كان كذلك ، لانْحسم الفتوىٰ وسقط مسلك الحكم في النفي والإثبات ، واعتقاد ذلك محال . ونحن نتخذ هـٰذه المسألة معتبراً في طريق الفتوىٰ ، فنقول :

الظاهر عندنا أن ذمته لا تبرأ عن الكفارة ؛ فإنه متعبَّد بعتقٍ ظاهر ، وإذا غاب العبد وانقطعت الأخبار عنه مع طروق الطارقين ، وتوافر الأخبار وبذل الجد في المباحثة ،فهـٰذا قد يدل على الفقد والموت ، والأصل في الباب أن اليقين في حصول

العتق ليس مطلوباً ؛ إذ لا يستيقن ملكٌ في عبد ، بل نجتزىء بإنشاء عتقٍ في ملك ظاهر ، وإذا قامت الأدلة على الفقد ، لم يظهر العتق ، وإذا لم يكن إلىٰ تحصيل اليقين سبيل ، فلا بدّ من الظهور ، والقولان فيه إذا عميت الأخبار عن الحياة لو كانت ، مع اجتماع أسباب ظهورها ، حتىٰ لو كان انقطاع الأخبار محالاً على انقطاع الرفاق ، واضطراب الطرق ، فيجب القطع بحصول البراءة ظاهراً ؛ فإن مما ثبت أن كل أصل تقرر ، ولم ينتفِ ، ولم تنتصب دلالة تُغلِّب على الظن انتفاءه ، فهو مُقَر علىٰ حكم البقاء . وصورة القولين في انتصاب الأدلة علىٰ نقيض البقاء .

٦١١٨ـ وقد يتطرق إلىٰ هـٰذا سؤال ، وهو أن يقال : كما يظهر البقاء مع البحث ، فكذلك يظهر الموت ، ولعل الدواعي إلىٰ نقل الموت أميل منها إلىٰ نقل الحياة ؛ فإن الموت في حكم النادر في حق الحي ، والنفوس مجبولة علىٰ نقل النّوادر ، ولـٰكن قد يُخفىٰ على الإنسان ما يسوءه ، وإن كان لا يُكذب له .

ثم مثل هـٰذا إذا وقع ، فالغالب ظهور خبر الموت وتبيّن الأمر علىٰ ما هو عليه ، فموقع القولين ما إذا انقطعت أخبار الحياة من غير مانع ، ولم يظهر بعدُ الموتُ ، فلو صوَّر مصوّرٌ استبهام الموت والحياة مع طول الزمان ، كان ذلك علىٰ خلاف العادة ، وإن شطت المسافة ، أمكن حمل الانقطاع علىٰ بُعدها ، ولا يجري القولان هاهنا .

٦١١٩ـ ومما يجب التنبّه له أنا إذا لم نحكم ببراءة الذمة عن الكفارة ، فلا نحكم بصحة بيع العبد والحالة/ هـٰذه . ش ٢٦٧

وإن حكمنا ببراءة الذمة عن الكفارة ظاهراً ، ففي نفوذ البيع احتمالٌ ؛ فإن إعتاق الآبق مُجزىءٌ مع امتناع بيعه .

ومما يجب دركه أنا إذا منعنا البيع ، فلو تبين بقاء العبد ، فالظاهر عندي نفوذ البيع ، وإن كان قد يلتفت هـٰذا على الوقف . ولـٰكن إذا بان الأمر ، وكان البيع مستنداً إلى الملك ، والتمكن من التسليم ، فظنُّ التعذر لا يبقىٰ أثره ، مع تبين خلافه .

وكأن هـٰذا في المعاملات يضاهي صلاةَ الخائف من سوادٍ يحسبه عَدُوا ، ثم تبين خلافه . ولا يخفىٰ أنا إذا تبيّنا بقاء العبد ، فنحكم باستناد براءة الذمة عن الكفارة إلىٰ وقت الإعتاق .

٦١٢٠ـ فخرج مما ذكرناه أن تقابل الأصلين لقب أطلقه الفقهاء اصطلاحاً ، وإلا فحاصل القولين فيما سماه الفقهاء تقابل الأصلين يرجع إلىٰ تقابل الأمارات الظنية .

وعلىٰ هـٰذا يخرّج كلُّ مختلَف فيه من المظنونات .

فإن قيل : فما الظاهر في إيجاب الفطرة في مثل العبد الذي ذكرتموه ؟ قلنا : هو يخرّج علىٰ ما ذكرناه .

وبين المسألتين دقيقةٌ، وهي أن الموت ترجّح في المسألة الأولىٰ على الحياة ، وخرج العتق عن الظهور ، وثبت التعبد بعتقٍ ظاهر ، والأمر باقٍ إلى الامتثال .

وفي مسألة الفطرة ثبت الملك أولاً ، وظهر بالأمارة موتُ العبد ، كما ذكرناه ، والبقاء غير خارج عن طرق الظنون ، ولم يثبت عندنا في وضع الشرع أن ما تحقق وجوده أولاً ، ولم نستيقن انقطاعَه ، فلا فطرة فيه .

وهـٰذا تلويح في الظن ، والأصل أن لا فرق بين المسألتين .

فقد تحصّل التنبيه علىٰ مسلك الأقوال في المواقع التي يسميها الفقهاء تقابل الأصول .

٦١٢١ـ وألحق العلماء بهـٰذا ما نحن فيه من وجوب الحدّ على القاذف عند إنكار حرية المقذوف ، وهو جارٍ على التقرير السابق . والظاهرُ في الحال انتفاء الحد ، كما سنقرره بعدُ ـ إن شاء الله عز وجل ـ في فصل يحوي أحكامَ حرية اللقيط وتطرّقَ إمكان الرق إليه .

٦١٢٢ـ ومما يتصل بما نحن فيه القصاص عند فرض الجناية على اللقيط . فإذا قال الجاني الحرّ للّقيط بعد بلوغه : أنت عبد . وقال المجني عليه : بل أنا حر ، ففي وجوب القصاص **طريقان** : من أصحابنا من أجرى القصاص مجرىٰ حد القذف ، وخرّج وجوبه على القولين .

ومنهم من قطع [باستيفاء][(١)] القصاص ، واعتلّ بأنا لو نفيناه علىٰ تقدير الرق ،

(١) في النسخ الأربع : قطع بانتفاء . ولعل الصواب : « قطع باستيفاء » كما هو واضح من تعليل القطع .

لانتقلنا إلىٰ مشكوك فيه ، وهو القيمة ، والقصاص ظاهرٌ بناء على الحرية ، وهـٰذا يتضمن انتقالاً من ظاهرٍ إلىٰ مشكوك فيه ، وإذا[١] درأنا الحد عن القاذف ، أوجبنا عليه التعزير ، [والتعزير][٢] من طريق الحس بعضٌ من الحد ، وهو مستيقن الثبوت، ففي إسقاط الحد ، والرجوع إلى التعزير تركٌ للظّاهر ، وتعلّق بالمستيقن .

ي ٢٦٨ وكان **شيخي** يقول : في القصاص طريقان : **أحدهما** ـ تخريج/ القولين ، **والآخر** ـ القطع بالوجوب ؛ فإن القصاص أبعد عن السقوط بالشبهة من حد القذف .

وهـٰذا ضعيف لا مستند له علىٰ مذهب **الشافعي** ؛ فإن حد القذف من حقوق الآدميين عنده .

ولا يصفو هـٰذا الفصل عن شوائب الإشكال إلا بالفصل الذي نعقده في حرية اللقيط ورقّه ، وتمام البيان في جناية اللقيط والجناية عليه موقوف علىٰ ذلك الفصل المنتظر .

٦١٢٣ـ ثم إن **المزني** نقل جملاً من أحكام الدعوىٰ ، ولحوق النسب ، والقيافة ، وقد عقد فيها باباً علىٰ أثر كتاب الدعاوىٰ ، ونحن التزمنا الجريان علىٰ ترتيب مسائِل **المختصر** ، فالوجه أن نبين ما أورده من مسائل الدعوىٰ ، ونحيل باقي المسائل علىٰ آخر الدعاوىٰ .

٦١٢٤ـ ومما نقله [أيضاً][٣] فصلٌ بيّن قصد به الرد علىٰ بعض العلماء ، وذلك أنه قال : لا ولاء له كما لا أب له ، وأراد بقوله : لا ولاء له أي لا ولاء عليه ، وقصد بمضمون الفصل الرد علىٰ من زعم أن الملتقط يرث اللقيط ، فقال رادّاً عليه : ليس بين الملتقط وبين اللقيط سبب مورِّث ، ولا نسب ، وتعرّض لبيان انتفاء الولاء فيما حاول نفيه . هـٰذا مقصوده .

---

(١) وإذا درأنا الحد : بيان للفرق بين حد القذف والقصاص .
(٢) ساقطة من الأصل .
(٣) سقطت من الأصل.

فصل

قال : « ولو ادعاه الذي وجده ، ألحقته به . . . إلىٰ آخره »[(١)] .

٦١٢٥ـ افتتح رضي الله عنه أحكاماً من الدِّعوة[(٢)] ، والذي ذكره أولاً له اختصاص باللقيط . ومذهبنا أن الملتقِط إذا استلحق اللقيط ، وقال : إنه ولدي ، لحقه النسب . وهٰذا من الأصول في الشريعة ، وهو في ظاهر وضعه مخالف لأبواب الدعاوىٰ ، فمن ادّعىٰ نسب طفل مجهول النسب لحقه نسبه بمجرد الدِّعوة والدِّعوة علىٰ صورة الدعوى المجردة .

والنسب من الحقوق المطلوبة ، ثم لا نقول : يثبت ما علىٰ صاحب الدِّعوة من الحقوق ، ولا يثبت ما له ، بل تثبت أحكام النسب من الجانبين ، حتىٰ لو مات الطفل ، ورثه مستلحقه ، كما يرثه الطفل ، لو كان هو الميت .

٦١٢٦ـ وهٰذا مع كونه مجمعاً عليه مستندٌ إلىٰ طرفٍ من المعنىٰ ، وهو أن الإشهاد على النسب وسببه عسر ، فلو لم يحصل بالدِّعْوة ، لضاعت الأنساب . وإذا فرضنا ثبوت نسب ببينة، فالشهود لا يبنون شهادتهم علىٰ [عِيان][(٣)]، وإنما يبنونه[(٤)] علىٰ استلحاق الرجل طفلاً ، وتصرفه فيه بوجوه الاستصلاح علىٰ حسب تصرف الآباء ، ثم إنه يشيع من هٰذه الجهة حتىٰ ينتهي إلى التسامع الذي هو مستند البينات .

٦١٢٧ـ ثم إذا ثبت النسب بالدِّعْوة ، وجرى الحكم به، فلو بلغ الطفل ، وأنكر النسب ، ففي المسألة وجهان : **أحدهما** ـ أن النسب لا ينتفي بإنكاره ؛ فإنه جرى الحكمُ به في الصبا واستمر ، فلا ينقض بعد ثبوته .

---

(١) ر . المختصر : ٣/ ١٣٤ .
(٢) الدعوة : بالكسرة : ادّعاء الولد الدعي .
(٣) في الأصل : علم .
(٤) كذا في النسخ الأربع (يبنونه) بضمير المذكر . نظراً للمشهود عليه : النسب ، أي يبنون النسب . والله أعلم .

والثاني ـ أنه ينتفي إذا أنكر بعد البلوغ وحلف ، فإنه لو ادعىٰ نسبَ بالغٍ ، فأنكره ، وحلف ، لم يثبت النسب/ ، فإذا انفرد المستلحِق بالدِّعوة في زمن الصبا ، استحال أن يبطُل أثر الإنكار بعد البلوغ ، وسنذكر في ذلك مثالاً في فصل الحرية والرق، إن شاء الله تعالىٰ، ونبيّن قاعدة المذهب في مجموع هـٰذه المسائل .

ش ٢٦٨

٦١٢٨ـ والذي نذكره الآن بعد القول في أصل الدِّعوة أن دِعوة الملتقط في اللقيط مقبولةٌ ، كما تُقبل دِعوةُ غيرِه فيه .

وقال **مالك**[١] : إن اشتهر أن الملتقط لا يعيش له ولد ، فدِعوته مسموعة ؛ فإن النبذ واللَّقْط محمول علىٰ عادةٍ في الناس ، تتعلّق بالفأل : فإن من لا يعيش له ولد ، ينبذ ولدَه ، ثم يلتقطه ، ومن عَقْد العوام أنه إذا فعل ذلك، عاش المنبوذ. فأما [إذا لم يكن الملتقط][٢] ممن لا يعيش له ولد ، فلا يُقبل استلحاقه للّقيط ؛ من قبل أن الظاهر يكذبه ؛ إذ الإنسان لا ينبذ ولده هزلاً .

وهـٰذا الذي ذكره لا أصل له ، والقواعد لا تزول بأمثاله .

٦١٢٩ـ ولو اجتمع على اللقيط الملتقِطُ وغيرُه ، وتداعيا نسبه ، فلا نرجح الملتقط علىٰ غيره لمكان يده ، بل هو وصاحبه مستويان في الدِّعوة ، وسنذكر في الفصل الذي يلي هـٰذا الفصل اجتماعَ المتداعيين في النسب ، وإنما لم نرجح جانب الملتقط ؛ لأن يدَ الالتقاط لا تدل علىٰ مزية في النسب .

وقد قال أئمتنا : إذا صادفنا صبياً تحت تصرّف إنسان ، وما عهدناه منبوذاً ، فإن كان المتصرِّف فيه بجهات استصلاح الآباء ادّعىٰ نسبه ، وجرىٰ له الحكم به ، ثم جاء إنسان ، وادعىٰ نسبَه ، فجانب صاحب اليد مرجح ؛ فإن النسب ثبت معتضداً بظاهر اليد ، فلا تزحمه دعوىٰ مَنْ لا تصرّف له ، ولا يد .

---

(١) ر . منح الجليل لعليش : ٢٤٨/٨ ، التاج والإكليل للمواق ـ بهامش شرح الحطاب : ٨٢/٦ .

(٢) في الأصل : إذا كان الرجل . والمثبت من باقي النسخ .

وإن كان تحت يده كما صورنا ، ولم يصدر منه إسماعُ الناس استلحاقَه ، فجاء إنسان ، وادّعىٰ نسبه ، وقال صاحب اليد : هو ابني ، فهـٰذا مما تردّد الأئمة فيه ، وهو في محل التردد ، فمنهم من قال : صاحب اليد أولىٰ إلا أن يقيم المدّعي الآخر بيّنةً .

ومن أصحابنا من قال : لا فرق، كما لا فرق بين الملتقِط وغيرِه ، والجامع أن يد الملتقط ليست علامةَ نسب اللقيط ، وقد دلّ النبذ والالتقاط عند **مالك** علىٰ مناقضة الدِّعوة في النسب .

كذلك من تثبت يده علىٰ طفل ، فالغالب أن يُشهر ويذكر نسبُه ، إن كان ولدَه ، فإذا لم يفعل ، صارت يده كيد الملتقِط ؛ من جهة أنها لا تدلّ على النسب ، ويد الملتقط ، وإن طال الزمن عليها لا تتضمن ترجيح جانبه ؛ فإن مستندها الالتقاطُ الأول ، وليس في الالتقاط ترجيحٌ فيما يتعلق بالنسب عند التداعي فيه .

٦١٣٠ـ نعم ، لو كان التنازع في الحضانة ، فقال أحدهما : أنا الملتقط ، وقال الثاني : بل أنا الملتقط ، وصادفنا اللقيط في يد/ أحدهما ، فالذي صادفنا اللقيط في يده مقدّمٌ علىٰ صاحبه . ٢٦٩ ي

فلو قال صاحبه : كان الصبي في يدي ، فانتزعه مني ، ولم يُقم واحدٌ منهما بيّنةً ، فالقول قول من يصادَف اللقيط في يده في الحال مع يمينه .

والفرق بين النسب وبين الحضانة بيّن ؛ فإن حق الحضانة يثبت بالالتقاط واليدُ دلالةٌ عليه ، وحق النسب لا يثبت بالالتقاط .

فصل

قال : « ولو ادعى اللقيط رجلان . . . إلىٰ آخره »[١] .

٦١٣١ـ إذا تنازع رجلان نسب مولودٍ ، وكان كل واحد منهما من أهل الدِّعوة حالة الانفراد ، فإن أقام كل واحدٍ منهما بيّنة علىٰ أن الولد ولدُه ، والنسب ثابت من جهته ،

(١) ر . المختصر : ٣/ ١٣٤ .

فالبيّنتان تتهاتران ، وتسقطان ، ولا ينتظم استعمالهما[(١)] .

والسبب فيه أن في كيفية الاستعمال على القول بالاستعمال **ثلاثة أقوال** :

أحدها ـ القرعة .

والثاني ـ القسمة .

والثالث ـ التوقف .

والقسمة غيرُ ممكنة ، والقرعة لا جريان لها في الأنساب ، ولا معنىٰ للتوقف ؛ فإن فيه تعطيلَ النسب ، وليس فيه زيادة حكم بحالٍ على البيّنتين ، فلا يجري إذاً قولٌ من أقوال الاستعمال ، ويتعين الحكم بسقوط البيّنتين .

٦١٣٢ـ ثم لو لم يكن معهما بينة ، فإنا نُري الولدَ القائفَ ،فهٰذا هو السبيل لا غير ، ثم إذا [ألحقه][(٢)] القائف بأحدهما ، ونفاهُ عن الثاني، ألحقناه بالذي ألحقه القائف به .

وتفصيل القول في كيفية مراجعة القائف، وفي خطئه لو أخطأ مذكورٌ في كتاب الدعاوىٰ . والقدْرُ الذي لا نخلي عنه هٰذا الباب أنا إذا أَرَيْنا الولدَ القائفَ مع أحد المتنازعيْن ، فألحقه به ، فلا نقتصر علىٰ هٰذا ، بل نريه مع الآخر ، فإن ألحقه به أيضاً ، تبين خطأ القائف ، وسقط التمسك بقوله ، وكان كما لو لم نجد قائفاً ، إذا لم نجد غيره، ولا أثر لتقدم الإلحاق بالأول ؛ فإنا نراجعه في حق الثاني ، فإذا ألحق بالأول ونفاه عن الثاني ؛ فإذ ذاك يحكم بقوله .

ولو رأى الولد مع المتنازعَيْن جميعاً ، فلا بأس ، [فإن ألحق بهما ، أو نفىٰ عنهما ، فلا قائف][(٣)] ، وإن ألحق بأحدهما ، ونفىٰ عن الثاني ، ثبت النسب ممن ألحقه .

---

(١) عبارة الأصل ، (ت٢) هٰكذا : « ولا ينتظم استعمالهما ، فإن فرعنا علىٰ أن البينتين المتعارضتين تستعملان ، والسبب فيه أن في كيفية الاستعمال. . . » .

(٢) في جميع النسخ : الحق (بدون هاء الضمير) .

(٣) ساقط من الأصل .

وفي القائف صفات مرعية ليس هـٰذا موضع ذكرها، وستأتي في كتاب الدعاوىٰ، إن شاء الله تعالىٰ .

٦١٣٣ـ وإذا تعذر الرجوع إلى القائف ، وقد تقدم أنه لا تعلّق بيد الالتقاط ، فلا وجه إلا التوقف إلىٰ أن يبلغ الغلام فينتسب إلىٰ أحدهما ، فإذا بلغ ، لم يكن انتسابه إلىٰ أحدهما صادراً عن التشهي والتمني ، ولـٰكنا نقول له : راجع جبلَّتك ، وانظر ، فإن وجدت نفسك أَمْيل إلىٰ أحدهما رقةً وشفقة ، فانتسب إليه . ولا ينبغي أن يبني انتسابه علىٰ غنىٰ أحدهما ، ورغد المعيشة في جنابه ، بل حقٌّ عليه أن يتبع الشفقة والرقة الجبلِّيّة في القرابة .

٦١٣٤ـ وهـٰذا الذي نحن فيه يباين تخيير المولود بين الأبوين إذا تنازعا الحضانة من وجهين : **أحدهما** ـ أن الصبي كما[1] بلغ مبلغ التمييز خيرناه ، ولا نكتفي بهـٰذا السن في التخيير الراجع إلى النسب ، والفرقُ أن التخيير في الحضانة ليس قولاً مُلزماً ، فإن الصبي لو اختار في الحضانة أحدَ الأبوين ، ثم بدا له ، فاختار الثاني ، اتّبعناه ، وضممناه إلى الثاني . وانتسابه إلىٰ أحدهما قول ملزم ، والصبي ليس من أهل القول الملزم . فهـٰذا أحد الوجهين في الفرق .

والوجه الثاني ـ أن الصبي المخيَّر لو اختار أحدَهما تشهِّياً ، انبنىٰ عليه الحكم ظاهراً وباطناً ، إلىٰ أن يسأم ويؤثر الثاني ، وكذلك لو مال إلىٰ أغناهما ، ورأى العيش معه أهنأ ، فله أن يختاره[2] ، وقد ذكرنا أنه لا يجوز التعويل في الانتساب إلىٰ أحدهما إلا على الشفقة والرّقة التي تثيرها القرابة .

٦١٣٥ـ فلو بلغ وانتسب إلىٰ أحدهما ، ووجدنا قائفاً وقت انتسابه ؛ فإن ألحقه بمن انتسب إليه ، فلا كلام ، وإن ألحقه بالثاني ، فإلحاق القائف هو المتبع ؛ فإنه حكم صادرٌ ممن هو حاكم في الباب .

وكذلك لو انتسب إلىٰ أحدهما ، فأقام الثاني بينةً ، فالبينة مقدّمة .

---

(١) كما : بمعنىٰ عندما .

(٢) كل هـٰذا في جانب الحضانة .

ولو اجتمعت بينة في أحد الجانبين ، وإلحاق القائف في الثاني ، فالبينة مقدّمةٌ ، اتفق عليه الأصحاب ؛ فإن مستند البينة أثبت ، وقول القائف وإن كان مقبولاً ؛ فإنه صادرٌ عن حدسٍ وتخمين ، والبيّنة حجة عامة في الخصومات جُمَع .

٦١٣٦ـ ولو كان التنازع في الحضانة لا في النسب ، فالسابق في الالتقاط هو الحاضن ، لا شك فيه .

فلو أقام كل واحد منهما بينةً أنه السابق ، وصادفنا اللقيط في يد أحدهما ، فبيّنته تُرجَّح ترجيح البينتين بين الداخل والخارج في خصومة الملك ، علىٰ ما سيأتي في الدعاوىٰ ؛ فإن حقيقة الحضانة ترجع إلى اختصاصٍ بيد ، فإذا كانت اليد تدلّ على الاختصاص بالملك ، فلأن تدل على الاختصاص بالحضانة أولىٰ .

وإذا كان المولود بينهما ، وهما واقفان عليه ، فأقام كل واحد منهما بينة ، فإن حكمنا بتهاتر البينتين ، فكأن لا بينة[1] . وإن حكمنا باستعمال البينتين عند التعارض ، فلا يخرّج قول الوقف ؛ فإن الحضانة لا تحتمل ذلك ، ولا يخرّج قول القسمة .

ولو قال قائل ردّدوا اللقيط بينهما علىٰ حكم المهايأة ، امتنعنا من ذلك ، لما فيه من الضرار على الطفل ، كما حققناه في الفصول الماضية .

فلا يجري علىٰ قول الاستعمال إلاّ قولُ القرعة ، ولا امتناع في إجرائه في حق الحضانة ؛ فإنا إذا كنا نجريه في الملك ، فإجراؤه غير ممتنع في الحضانة ، وليس كما لو كان المتنازع نسباً ؛ فإن القرعة لا جريان لها في النسب، فتنحسم[2] أقوالُ الاستعمال في النسب .

ي ٢٧٠ ٦١٣٧ـ ومما تنفصل/ فيه الحضانة عن خصومات الأموال وعن النزاع في النسب أن المتنازعَيْن في الحضانة إذا أقام أحدُهما بينةً أنه التقط هـٰذا الصبي أمس ، وأقام الثاني بينة أنه التقطه اليوم ، فالبينة الشاهدة بالسبق مقدمة .

---

(١) في النسخ الثلاث ـ غير الأصل ـ فكأن لا تهاتر .
(٢) فتنحسم : أي فتمتنع .

ولو قامت بينتان من المتنازعَيْن في الملك وتقيّدت[1] إحداهما بالسبق ، ففي تقديمها **قولان** سيأتي ذكرهما في الدعاوىٰ ، والفرق أن من يثبت له السبق في الحضانة ، فلا سبيل إلىٰ إبطال حقه ، ويتصور في الملك أن يسبق أحدهما ، ثم يزول الملك عنه إلى الثاني ، وكذلك في النسب لو سبق أحدهما بالدِّعوة ، ثم جاء آخر ، ونازع وادّعى النسب ، فسبْقُ السابق إلى الدِّعوة لا يُثبت له اختصاصاً في باب النسب ، فإن الدِّعوة وإن كانت تقتضي النسب لو تجردت ، فهي دَعوىٰ محضة إذا فرضت الدعوىٰ من رجلين .

٦١٣٨ـ ولوقامت في النسب بينتان من الجانبين وتقيدت إحداهما بتصديق القائف ، أو باختيار المولود ، فلا ينبغي أن نقول : تترجح البينة ، ولٰكن الوجه الحكم بتساقطهما ، ثم الحكم بإلحاق القائف بعد اعتقاد سقوطهما ، وكذلك القول في الاختيار .

فهٰذه القواعد لا بدّ من الإحاطة بها في النسب والحضانة .

فَصْلٌ

قال : « ودِعوة المسلم والذميّ والعبد سواء . . . إلىٰ آخره »[2] .

ومقصود هٰذا الفصل الكلامُ في دِعوة العبد ، ودِعوة الذمي .

٦١٣٩ـ أما دِعوة العبد ، فقد نص هاهنا علىٰ أن العبد من أهل الدِّعوة ، كالحر . ونص في الدعاوىٰ علىٰ أن العبد ليس من أهل الدِّعوة ، ولو استلحق نسباً ، لم يلحقه ، فحصل **قولان** :

توجيههما : من قال : إنه من أهل الدِّعوة ـ وهٰذا القول هو الأصح ـ احتج بأن الدِّعوة تعتمد إمكانَ العلوق ، وتصوّرَ النسب ، فإذا كان العبد في هٰذا كالحر ، فليكن بمثابته في الاستلحاق ، وليس هٰذا كما لو أراد حضانةَ طفلٍ ؛ فإن السيد يمنعه؛ من

---

(١) (د١) ، (ت٣) : فتقدرت .

(٢) ر . المختصر : ٣/ ١٣٥ .

جهة كونه مستغرَق المنفعة باستحقاق سيده .

ومن قال : العبد ليس من أهلٰ الدِّعوة ، احتج بأن العبد لو استلحق نسباً ولحقه ، لِتَقَدَّمَ النسبُ علىٰ حق الولاء[1] إذا أعتقه مولاه ؛ فإنَّ الإرث بالبنوة مقدّمٌ على الإرث بالولاء .

وهٰذا عندي في نهاية الضعف ؛ فإن النسب ليس أمراً يُنشأ حتىٰ يقدّر مبطلاً ، وكيف يتجه ردُّ قولٍ ممكن ممن هو من أهل الإمكان ، لأمرٍ سيكون بعد زوال الرق .

وكان **شيخي أبو محمد** يطرد هٰذين القولين بعد نفوذ العتق ، ويقول : إذا استلحق المعتَق نسباً بعد ثبوت الولاء ، ففيه قولان؛ بناءً علىٰ قطع حق الولاء .

وقد ذكر غيرُه هٰذا ، وردُّ دِعوتِه بعد العتق في نهاية الضعف مع تمكينه من التزوج علىٰ سبيل الاستقلال ، والتوصل إلى النسب .

٦١٤٠ـ ومما يتعلّق بذلك أن الحر لو استلحق نسب عبدٍ ، فلأصحابنا **طريقان** : منهم من قطع بثبوت النسب ؛ فإن الحر من أهل الدِّعوة على الإطلاق ولا حجر عليه .

ش ٢٧٠ ومنهم/ من جعل استلحاق الحر العبدَ ، كاستلحاق العبد الحرَّ؛ من جهة أن في استلحاق الحرّ قطعَ الإرث المتوهم بالولاء ، كما تقدم .

فهٰذا قولنا في العبد .

٦١٤١ـ فأما الذمي ، فإنه في الدِّعوة كالمسلم لا خلاف فيه ، فإذا استلحق ذميٌ نسبَ لقيط ، ثبت النسب ، وفي الإسلام الخلاف الذي ذكرناه .

وقد ذكر أصحابنا وجهين ، ونقلهما **شيخي والقاضي** قولين ؛ فإن **الشافعي** قال هاهنا : « أحببت أن أجعله مسلماً » ، وقال في كتاب الدعاوىٰ : « جعلته مسلماً » ، فانتظم قولان .

٦١٤٢ـ ثم إن حكمنا بالإسلام تبعاً للدار ، حُلْنا بين الذميّ وبينه ، مع الحكم بالنسب ، وفوَّضنا الحضانة إلىٰ غيره .

---

(١) (د١) ، (ت٣) : « في حق الولادة » . وهو خلل بيّن .

وإن لم نحكم بإسلامه ، فلا يخلو إما أن كان يصف الصبي الإسلامَ ، أو كان لا يصفه ، فإن كان لا يصفه ، ضممناه إلى الذمي ، وإن كان يصف الإسلام قبل سن التمييز ، أحببنا ضمه إلىٰ مسلم ، ولم نوجبه ، ولا بد من استرضاء الذمي ؛ فإنا نثبت له حقَّ الحضانة ، حيث انتهينا إليه ، فلا سبيل إلىٰ إبطاله عليه قهراً .

ولو وصف الصبيُّ الإسلامَ علىٰ سن التمييز ، فقد جزم **الشافعي** قوله بأنه يُفرَّق بينهما ، ويسلّم الصبي إلىٰ مسلم ؛ فإن الكافر قد يستزله ويمرّنه على الكفر .

ولم أر أحداً من الأصحاب يشير إلىٰ جواز تركه تحت حضانة الكافر ، بل صاروا إلىٰ أنه يجب نزعه منه .

وإذا قلنا : لا حكم لإسلامه ، ولا يتعلق بتلفظه بالإسلام حكم له أو عليه ، فلا يبعد في القياس ألا ينزع من يد الكافر ، ولـٰكن يستحب نزعه مع استرضاء الأب الكافر ؛ فإن في نزعه من يده إلزام أمرٍ ، وإبطال حق .

ولـٰكني لم أرَ هـٰذا لأحد من الأصحاب .

فَصْلٌ

قال : « ولا دِعوَة للمرأة إلا ببيّنة . . . إلىٰ آخره »[١] .

٦١٤٣ـ المرأة إذا استلحقت مولوداً ، وذكرت أنها ولدته ، فإن أقامت بيّنةً ، ثبت ما تدّعيه بالبينة ، والولادة تثبت بشهادة أربع نسوة .

ثم إذا ثبتت الولادة ، فلا فرق بين أن تكون ذاتَ زوج ، وبين أن تكون خليّة، أمَّا الانتساب إليها بالولادة ، فلا شك في ثبوته .

وأمَّا إلحاقه بالزوج إن كانت ذاتَ زوج ، وكان العلوق منه ممكناً ، فهو ثابت ، ولا ينتفي النسب عن الزوج إلا باللعان .

٦١٤٤ـ فأما إذا اقتصرت المرأة على الدِّعوة ، ولم تقم بيّنةً ، فحاصل ما ذكره الأصحاب أوجه :

---

(١) ر . المختصر : ٣/١٣٦ .

أحدها ـ أن الولادة لا تثبت بدِعوتها أصلاً ، بخلاف الرجل . والفرق أن النسب في جانب الرجل مما لا يدرك موجِبه وْمقتضيه ؛ فمست الحاجة إلىٰ إثباته بمجرد الدِّعوة ، كما قررناه فيما تقدم ، والمرأة قادرةٌ علىٰ إثبات الولادة بالبيّنة ، فرُدَّت إلىٰ قاعدة القياسِ ، ولم يثبت الانتساب إليها بالولادة لمجرّد دِعوتها .

والوجه الثاني ـ أن المرأة في الدِّعوة كالرجل ووجه القياس بيّن ، وقد تلد حيث لا يشهدها نسوة معتمدات من أهل قبول الشهادة .

والوجه الثالث/ ـ أنها إن كانت خليّةً عن الزوج ، تثبت الولادةُ بدِعوتها ، وإن كانت ذات زوج ، لم تثبت الولادة بدِعوتها ؛ فإنا لو أثبتناها ، لزمنا أن نلحق الولادةَ بالفراش ، وفي المصير إليه إلحاق نسب بالزوج مع إنكاره أصلَ الولادة . ي ٢٧١

٦١٤٥ـ ومن قال من أصحابنا بقبول دِعوتها سواء كانت خليةً ، أو ذاتَ زوج ؛ فإنه يقول : إن كانت ذاتَ زوج ، يلحقها الولد ، ولا يلحق زوجها ، فليس في الأصحاب من يستجيز إلحاق الولد بالزوج مع إنكاره ولادتَها .

وهٰذه المسألة منصوصةٌ في كتاب اللعان ، فإن **الشافعي** قال : « إذا ذكرت المرأة أنها ولدت ولداً ، وقال الزوج : استعرتيه[١] ، وما ولدتيه ، فالقول قول الزوج مع يمينه » .

فمن فصل بين الخليّة وذاتِ الزوج ، استبعد أن يلحقها الولدُ في فراش النكاح ، مع امتناع إلحاقه بالزوج . ومن عمم قال في ذات الزوج : يختص الإلحاق بها ، وكأنها

---

(١) استعرتيه وما ولدتيه . هٰكذا بإثبات الياء في جميع النسخ ، وقد يتبادر إلى الذهن أنها خطأ أو تحريف وتصحيف من الناسخ ، لٰكن اتفاق النسخ الأربع ينفي هٰذا الاحتمال . وفعلاً بالبحث والتمحيص وجدنا هٰذا سائغاً صحيحاً عليه شواهد من النثر والشعر ، قال سيبويه : وحدّثني الخليل أن أناساً يقولون : ضربتيه ، فيلحقون الياء ، وفي خزانة الأدب بتحقيق أستاذنا عبد السلام هارون ٥/ ٢٦٨ ، ٢٦٩ الشاهد رقم ٣٨٢ :

رميتيـــــهِ فـــأقصـــدتِ ... وما أخطأتِ الرَّمْيَهْ
بسهميــــــنِ مليحيــــنِ ... أعـارتْكِيهمـا الظَّبْيَـهْ

وانظر سيبويه : ٤/ ٢٠٠ .

أتت بالولد لزمانٍ لا يحتمل أن يكون العلوق به من الزوج ، ثم لا شك أن الخصومة تقوم بين الزوج والزوجة كما ذكرناه فيه إذا قال: استعرتيه ، وقالت : بل ولدتُه .

٦١٤٦ـ فإذا فرعنا علىٰ أن المرأة من أهل الدِّعوة ، إذا ادعت امرأتان ولادة مولود ، فالولد نُريه القائفَ معهما ، علىٰ ترتيبٍ ، أو جمعٍ ، كما سيأتي في باب القيافة من كتاب الدعاوىٰ، إن شاء الله تعالىٰ، فإن لم نجد قائفاً، وقفنا الأمر إلىٰ أن يبلغ المولود على الترتيب الذي ذكرناه في الرجلين إذا تداعيا نسب مولود ، ثم إذا كانتا تحت زوجين ، أو كانت إحداهما ذات زوج ، فبلغ المولود ، وانتسب إلىٰ إحداهما ، فلا يلتحق النسب بالزوج ، كما لا يلتحق بدِعْوتها المجردة إذا لم تُزاحَم في الدِّعوة ؛ فإن قول المولود دَعوىٰ كما أن قول المرأة دعوىٰ .

ولو ألحق القائفُ الولد بذات الزوج ، فقد اختلف أصحابنا في أن الولد هل يلحق الزوج ؟

فمنهم[1] من قال : يلحقه ؛ فإن قولَ القائف حجة أو حكم ، وعلىٰ أي وجه فرض ، وجب الجري علىٰ موجَبه ، فصار إلحاقه بمثابة ما لو أقامت المرأة بيّنةً على الولادة ، ولو فعلت ذلك ، التحق الولد بالزوج، ولا ينتفي عنه إلا باللعان .

والوجه الثاني ـ أن قولَ القائف لا يُلْحِق الولدَ بالزوج ؛ فإن قوله يختص بمن يدّعىٰ ، بدليل أن القائف لو ألحق منبوذاً برجلٍ من عُرض الناس ، لا يدّعي نسبَه ، لم يُلحق به .

وسنستقصي ذلك في باب القيافة، إن شاء الله عز وجل .

فصل

قال : « ولو ادّعىٰ رجلٌ على اللقيط أنه عبده . . . إلىٰ آخره »[2] .

٦١٤٧ـ هـٰذا الفصل يشتمل علىٰ تفصيل القول في حرية اللقيط ورقِّه ، وبيان إقراره

---

(١) « فمنهم من قال : يلحقه » . هـٰذا هو الوجه الأول . وسيأتي الوجه الثاني بعد أسطر .

(٢) ر . المختصر : ٣/١٣٦ .

بالرق ، وهو مما يجب الاهتمام بفهم مضمونه ، وبه تتهذّب أحكامٌ أطلقناها . وهـٰذا الفصل يُطلع الناظرَ علىٰ تفاصيلها ـ إن شاء الله ـ فنقول أولاً :

ش ٢٧١

٦١٤٨ـ أطلق الأئمة أقوالهم بأن الدار تقتضي للّقيط الحرية الظاهرة/ ، كما أطلقوا القولَ بأنها تقتضي له الإسلام .

ووجه ما قالوه أنا حكمنا بظاهر الإسلام ؛ لاستيلاء حكم الدار ، ولقوّة الإسلام ، حتىٰ كأنا نقول : الأصل في هـٰذه الدار الإسلام والمسلمون، والكفر في حكم العارض ، والكفار في حكم الدخيل [الذي لا تُربط به][1] الأحكام الجُملية ، وينضم إليه ما تأسّس في الشرع من قوة الإسلام .

كذلك الرقُّ عارضٌ ، والأرقاء مجلوبون ، وليسوا من أهل الدار ، والحرية غالبةٌ في بني آدم ؛ فإنهم فطرُوا ليملِكوا ويتصرفوا ، وسُخِّرت لهم الأشياء ؛ فإن ثبت رقٌّ ، فهو بالإضافة إلى الحرية كالنادر ، فاقتضىٰ ذلك الحكمَ بالحرية لظاهر الدار ، كما ذكرناه في الإسلام .

٦١٤٩ـ وقد ذكرتُ **لصاحب التقريب** وغيرِه تردُّداً في تبعية الدار ، وحاصله : أنا لا نجزم القول بحصول الإسلام ، وقد أجرى الأصحاب مثل هـٰذا التردد في الحرية ، ورأَوْا التردّدَ في الحرية أقربَ من التردد في الإسلام ؛ لما ثبت من قوّة الإسلام ، واقتضائه الاستتباع في المولود [2]والمسبيّ .

وبنىٰ هـٰؤلاء علىٰ ما ذكرناه تفاريعَ نصفها [2] ، فقالوا : إذا قُتل اللقيط قبل أن يبلغ خطأً ، ففي الواجب بقتله وجهان : **أحدهما ـ** أن الواجب الدية بناءً على الحرية التي يقتضيها ظاهرُ الدار .

والثاني ـ أن الواجب أقلُّ الأمرين .

وليقع الفرضُ فيه إذا كانت القيمةُ أقلَّ ، حتىٰ ينتظم لنا تمهيد الغرض . وهـٰذا

---

(١) في الأصل : الذين لا نربط بهم .

(٢) ما بين القوسين سقط من (د١) ، (ت٣) .

القائل يقول : ليست الحرية مستيقنةً ، ولا معنىٰ لشغل ذمة الجاني أو ذمة عاقلته بما ليس مستيقناً .

وهـٰذا منقدحٌ حسنٌ خارجٌ علىٰ ما قدمناه في اختلاف القاذف والمقذوفِ[1] اللقيطِ إذا بلغ ، وقد ذكرنا القولين في وجوب الحد على القاذف ، أو نفيه عنه . وهـٰذا ذاك بعينه ، ومرجعه إلى التردد في جزم الحكم بالحرية ، أو ترك الجزم بها .

فإن[2] قلنا : لا نوجب الدية ، فلا نوجب القصاص إذا كان القتل عمداً ، وكان القاتل حراً .

وإن قلنا بإيجاب الدية ، ففي وجوب القصاص **وجهان** . وسبب التردد فيه مع إيجاب الدية تعرضه للسقوط بالشبهة .

٦١٥٠ـ وهـٰذا موقفٌ للناظر نستبين فيه تفصيلَ [مهماتٍ][3] سبق إطلاقُها ، وذلك أنا أرسلنا **قولين** في أن من قتل اللقيط هل يستوجب القصاص ؟ وحكينا عن معظم الأصحاب توجيه نفي القصاص بأن أولياء [المقتول][4] لو ثبت ـ المسلمون ، وفيهم الأطفالُ ، والمجانين .

وقد نبهت علىٰ مأخذٍ آخر لهـٰذا القول فيما تقدم ، وأنا الآن أُنهي القول فيه نهايتَه ، فأقول : في اللقيط إذا قُتل **وقفتان** : **إحداهما** ـ في دِينه ، **والأخرىٰ** ـ في حرّيته .

فمن لا يجزم الحكمَ بإسلامه ، وحريته ، لا يوجب القصاصَ على الحرّ المسلم إذا قتله .

ومن جزم الحكم بإسلامه وحريته يذكر قولين في وجوب القصاص علىٰ قاتله الحر المسلم ، ويوجِّه نفيَ القصاص حينئذ بما ذكره الأصحاب .

ولو كان قاتله علىٰ صفة العمد/ كافراً عبداً، فينحسم النظر في دينه وحريته ، ٢٧٢ ي

(١) في الأصل رسمت هـٰكذا : والمقذو من اللقيط ، وواضح أن (الفاء) حرفت إلىٰ (من) .
(٢) فإن قلنا : « لا نوجب الدية » هـٰذا تفريع على الوجهين اللذين ذكرهما آنفاً في القتل الخطأ .
(٣) في الأصل : ما سبق إطلاقها .
(٤) في جميع النسخ : أولياءه . والمثبت من (ت٢) وحدها .

ويرجع مأخذ القولين إلىٰ ما ذكرناه من النظر في أطفال المسلمين ومجانينهم . فهـٰذا هو التنبيه على الغرض في مأخذ الكلام في ذلك .

٦١٥١ـ وفي **بعض التصانيف** ما ذكرناه من الترتيب علىٰ إيجاز ، وفيه أن اللقيط إذا جنىٰ خطأً ، تعلّق أرش جنايته ببيت المال وجهاً واحداً .

وهـٰذا مما يجب إمعان النظر فيه ؛ فإن مال بيت المال مضنون به ، لا يبذل إلاّ علىٰ ثَبَتٍ . وإذا لم نجزم القولَ بالحرّية ، وخرّجنا عليه المسائل التي ذكرناها، فلا سبيل إلى القطع ـ والحالة هـٰذه ـ بضرب أروش جناياته علىٰ بيت المال ، بل يجب التوقف .

ويمكن أن يقال : يقطع بضرب موجَب جنايته علىٰ بيت المال ـ وإن ترددنا فيما قدمنا ـ أخذاً من شيء ، وهو أنه لو مات وخلّف مالاً ، وكان الموت في حالة الصغر ، فماله موضوعٌ في بيت المال من غير توقّفٍ ، فلا يبعد أن يتحمل بيتُ المال من غير توقفٍ؛ نظراً إلىٰ صرف ماله إلىٰ بيت المال ، وتشبيهاً للمغرم بالمغنم .

٦١٥٢ـ ومما يجب التثبت فيه أنا نحكم للّقيط بالملك فيما نصادفه معه من غير توقف ، وهـٰذا من مقتضىٰ حكمنا بحرّيته ، فلا ينبغي للناظر أن يسترسل في مثل هـٰذه المضايق ، ويتعثر[1] بمشكلات تُقتحم فيها حُرم المذهب .

فنقول :

٦١٥٣ـ منخولُ هـٰذه الفصول : أنا نحكم للقيط بالحرّية ما لم ينته إلىٰ إلزام الغير حكماً مبنياً على الحرية ، فإذا انتهينا ، تردّدنا إذا لم يعترف الملتزم بالحرية .

فإن قيل : إذا أتلف المتلف مال اللقيط ، فما رأيكم ؟

قلنا : يضمن ؛ فإن الغرم واجبٌ . وإذا كان الغرم واجباً عليه ، فلا أرَبَ له في أن يصرفه إلى الطفل ، أو يتوقف فيه[2] .

---

(١) (د١) ، (ت٣) : ويتعين .

(٢) عبارة الرافعي عن هـٰذا المعنى الذي حكاه عن الإمام : وإذا أتلف ماله متلف ، أخذنا الضمان ، وصرفناه إليه ، لأن المال المعصوم مضمون على المتلف ، فليس أخذ الضمان بسبب الحرية حتىٰ يأتي فيه التردد إذا أخذناه فلا غرض للمتلف في أن يصرفه إلى اللقيط أو لا يصرفه (فتح العزيز : ٦/ ٤٢٠) .

٦١٥٤ـ وقد ينتظم من مجموع ما ذكرناه تفريعٌ يُنبّه علىٰ مقصود المتوقف في الإسلام والحرية ، وهو أن نقول : إذا قُتِل اللقيط أمكن أن يكون رقيقاً ، وأمكن أن يكون حرّاً كافراً ، ثم إذا كنا نبغي الأقل ، تعين الحمل على التمجس ، فإذا سئلنا ـ والتفريع على ابتغاء الأقل ـ عن الواجب بقتله ، فالوجه أن نوجب الأقلَّ من دية مجوسي ، أو قيمة عبدٍ .

وهـٰذا تفريع لا تنتهي الفتوىٰ إليه ، ولا يرتضيه ذو فقه ، ولـٰكنه موجَب ما قدمناه .

فإذا تمهد هـٰذا الفصل ، قلنا بعده :

٦١٥٥ـ ما صار إليه معظم الأصحاب أن من التقط اللقيط وادعىٰ كونه رقيقاً له ؛ فإنه لا تقبل دعواه إلا أن يقيم بيّنةً ـ علىٰ ما سنصفها في تفريع الفصل ـ لأن الظاهر الحرية ، وهـٰذه اليد ثبتت للملتقط حديثاً جديداً بالالتقاط . وهـٰذا بيّن متّضح منطبق علىٰ مصلحة [الطفل][(١)] .

وقد ذكرنا أن الذمي إذا استلحق نسب منبوذ في دار الإسلام ، فالنسب يلحقه لا محالة ، وهل يثبت للقيط حكم/ الكفر ؟ فيه اختلافٌ قدمناه ، وليس ما ذكرناه الآن من ادعاء الملتقط رقَّ المنبوذ من ذاك بسبيل ، فإن نسب المنبوذ متعرِّض للاستلحاق ؛ من جهة أن نسبه مجهول ، فاستوىٰ في استلحاقه الكافرُ والمسلم ، ثم انبنىٰ على الاستلحاق ما ذكرناه من حكم الدين . ٢٧٢ ش

فإن قيل : فاليد تدل على الملك وقد صار الملتقِط ذا يدٍ ؟ قلنا : هـٰذه اليد لا تدل على الملك ، وقد أحدثها بمرأىٰ منا .

هـٰذا ما ذهب إليه الأصحاب .

٦١٥٦ـ وذكر **صاحب التقريب** وجهاً بعيداً أنه تقبل دعوى الرق من الملتقط ، ويثبت الرق بمجرد دعواه ، إذا لم يمنع منه مانع .

---

(١) في النسخ كلها الفصل . والمثبت من المحقق .

وهـٰذا الوجه لا شك أنه ينبني علىٰ أنا لا نحكم للّقيطِ بالحرية حكماً جازماً ، واستشهد عليه ـ مع البناء علىٰ ما ذكرناه ـ بمسألة ، وهي أن الرجل لو وجد ثوباً في قارعة الطريق ، وقال كما[1] وجده : هـٰذا ملكي ، كان ضل مني ، فيقبل منه ويحكم له بالملك ، حتىٰ يجوز ابتياعه منه ، تعويلاً علىٰ هـٰذه اليد .

وهـٰذا الوجه البعيد منحرفٌ عن قاعدة المذهب بالكلية ، ولست أرىٰ [الاعتداد][2] به ، وليس كالثوب ؛ فإنه مملوك ، فإذا لقطه ، وزعم أنه ملكه ، فليس دعواه مغيراً صفة الثوب ، وإنما [يتضمن][3] تعيينه لكونه مالكاً له ، فتبين أن الملتقط إذا ادّعىٰ رق اللقيط ، لم يقبل منه إلا أن يقيم بينةً . هـٰذا هو الذي عليه التعويل .

٦١٥٧ـ ولسنا ننكر دلالة ثبوت اليد على الرق على الجملة إذا لم تكن اليد مستحدثة بالالتقاط ، فمن رأينا في يده صبياً ، وهو يتصرف فيه تصرف المالك في ملكه ، ولم تستند يدُه إلى الالتقاط ، فإذا ادعىٰ كونَه مملوكاً صُدِّق .

ولو ادّعىٰ آخرُ رقَّه ، فالقول قول صاحب اليد .

وإن استمرّ منه ادّعاء الرق ، جرى الحكم به ظاهراً ، فلو بلغ وأنكر الرق أصْلاً ، وادّعى الحرية الأصلية ، ففي المسألة وجهان : **أحدهما** ـ أنا نستديم الملك المحكوم به، ونجعل هـٰذا الذي بلغ وادعى الحرية مدّعياً ، فعليه البينة ، فإن لم يجدها ، حلف صاحبُ اليد ، ثم لا يخفىٰ نظر الخصومة إلى انتهائها .

والوجه الثاني ـ أن القول قول هـٰذا الذي ادعى الحرية ، وعلىٰ من كان يدّعي الرق البينةُ .

وقد ذكرنا مثل هـٰذين الوجهين في النسب في حق من استلحق نسب صبي ، وجرى الحكم به ، ثم بلغ ، وأنكر النسب ، فهل يرتدّ النسب بإنكاره ؟ على الخلاف المقدم .

[وكل ذلك][4] متلقىً من اختلاف القول في أن من حكمنا له بالإسلام تبعاً ، ثم بلغ

---

(١) كما : بمعنىٰ : عندما .

(٢) في الأصل : الاعتقاد .

(٣) في الأصل : يتغير .

(٤) في الأصل : ولو كان ذلك .

وأعرب عن نفسه بالكفر فهو كافر أصليٌّ أو مرتد؟ فإن قضينا بكونه كافراً أصلياً ، فقد عطفنا حكم الكفر تبيُّناً وإسناداً علىٰ ما مضىٰ ، وكأنا كنا نحكم بالإسلام ظاهراً ، وننتظر بعد ذلك ما يكون من إعرابه عن نفسه إذا ملك لسانه ، وهـٰذا يجري في النسب ، والرق/ ، وهو مضمون الفصل . ٢٧٣ ي

وهـٰذا إذا كان ثبوتُ اليد غيرَ مستندٍ إلى التقاط ، فإن استند إلى الالتقاط ، فلا يجوز بناء دعوى الملك عليه ، على المذهب الذي عليه الجريان ، ولا عود إلىٰ ما ذكره **صاحب التقريب** .

٦١٥٨ـ فإن أقام الملتقط بيّنةً ، قُبلت منه على الجملة ، والكلام في تفصيلها .

فالذي يدل عليه ظاهر النص أنه لو أقام بينة علىٰ كونه ملكاً له مطلقاً ، لم تسمع منه البيّنة (١) علىٰ هـٰذا الوجه (١) حتىٰ يشهد الشهود علىٰ سبب الملك .

وذكر أصحابنا قولاً آخر : إن البينة تسمع على الإطلاق قياساً على البينات الشاهدة على الأملاك .

والأصح أنها لا تقبل مطلقة ؛ فإنا لا نأمن أن تعتمد ظاهر اليد الثابتة للملتقط ، وقد أوضحنا أن يد الملتقط لا يجوز أن تُعتقد دَلالة علىٰ ملكه ، فلا بد من ذكر سببٍ حتىٰ يزول توهّم إسناد الشهادة إلىٰ يد الالتقاط .

التفريع : **٦١٥٩ـ** إن قبلنا الشهادة على الملك مطلقاً ، فلا كلام . وإن شرطنا تقييد الشهادة بسبب الملك ، فلو قالت البينة : هـٰذا ابن أمته أوْ ولدته مملوكتُه ، فهل يقع الاكتفاء بهـٰذا المقدار ؟

في المسألة وجهان : **أحدهما ـ** أنه لا يقع الاكتفاء بهـٰذا القدر ؛ فإنا إن كنا نطلب من التقييد بياناً، فلا بيان في هـٰذا ، فإن أمته قد تلد حراً إذا كانت مَوْطوءةً بالشبهة ، وقد تلد حملاً مملوكاً للغير بأن كان حاصلاً قبل جريان الملك في الأم ، ثم تجري الوصية بذلك الحمل لإنسان ، وتجري الوصية بالأم لهـٰذا الشخص ؛ فإذاً لا بيان في قول الشاهد : هـٰذا ولدته أمته .

---

(١) ما بين القوسين سقط من جميع النسخ غير الأصل .

ومن أصحابنا من اكتفىٰ بهـٰذا القدر ، ووجهه : أن الشهادة على الملك مطلقاً مقبولة في غير مواضع النزاع ، وإنما رددنا الإطلاق في اللقيط خشية أن يُسند الشاهد الشهادة على الملك إلى اليد الحاصلة بالالتقاط . فإذا جمع الشاهد إلى الشهادة بالملك أن أمته ولدته ، فقد قطع الوهمَ الذي عليه بنينا ردّ الإطلاق ، ثم ذِكْرُه الملكَ مع الولادة مصرحٌ بأنها ولدته ملكاً له .

التفريع علىٰ هـٰذين الوجهين :

٦١٦٠ـ إن اكتفينا بهـٰذا التقييد ، فلا كلام .

وإن لم نكتف به ، فينبغي أن يقول : ولدته أمتُه مملوكاً له في ملكه ، ولو قال : ولدته أمتُه في ملكه، لم يكفِ ذلك . والمطلوب عند هـٰذا القائل التصريحُ بسبب الملك ، علىٰ وجه لا يبقىٰ للاحتمال مساغ .

قال **صاحب التقريب** : ما ذكره الأصحاب ، ودلّ عليه ظاهرُ النص من أنه لا يقع الاكتفاء بالشهادة على الملك المطلق ، ولا بد من ذكر الولادة على التقييدات التي ذكرناها ـ ليس تعييناً[1] منهم لهـٰذا السبب؛ حتىٰ [لا][2] يسوغ غيره ؛ فإن أسباب الملك شتىٰ . ولـٰكن اتفق التنصيص علىٰ هـٰذا السبب ، ثم أغرق الأصحاب في ذكر/ ما يحتمله هـٰذا السبب من جهات الاحتمال ، ورأَوْا قطعها وردّها إلىٰ جهةٍ لا يتقابل فيها احتمالان ويتعين وجه حصول الملك .

ش ٢٧٣

فلو قال الشاهد : هـٰذا رقيقه ، ورثه من أبيه ملكاً ، أو اشتراه ، أو اتهبه من مالكه ، فيكفي ذكر سبب من هـٰذه الأسباب ؛ فإن المحذور في اشتراط التقييد ما كرَّرْناه من ظن الشاهد أن يد الملتقط يدُ ملكٍ ، فمهما أسند الملك إلىٰ جهة أخرىٰ ، فقد جانب المحذور ، ودرأ الشبهة والتهمة .

وما عندي أن أحداً من الأصحاب يخالف **صاحب التقريب** فيما ذكر . ولـٰكن من تأمّل صيغة النص ، و[فحوىٰ][3] كلام الأئمة ، فَهِمَ أنهم يشترطون إسناد الشهادة إلى

---

(١) (د١) ، (ت٣) : تغليباً .
(٢) ساقطة من الأصل .
(٣) في الأصل : تحرىٰ .

الولادة على الملك ، ولا تعويل علىٰ ذلك ؛ فإن تصويرهم ليس عن اعتقاد اشتراط التعيين ، ولـٰكنه تصوير وفاقي، ثم تناهَوْا في شرحه ، وهـٰذا مقطوعٌ به ، لا يجوز أن يُتمارىٰ فيه .

٦١٦١ـ ومما يتصل بهـٰذا أن **المزني** لما نقل في صدر الفصل عن **الشافعي** أنه شرط على الملتقِط تقييد البيّنة كما سبق ، حكىٰ بعد نجاز ذلك الكلام عنه نصّاً آخر ، واعتقد أنه مخالف للنص الذي نقله أوّلاً ، وذلك أنه قال : إذا التقط الرجل منبوذاً ، فجاء آخر ، وقال : هـٰذا [اللقيط][(١)] ملكي ، كان في يدي قبل ذلك ، وأقام بينةً علىٰ أنه ملكُه ، وأطلقت البيّنةُ شهادتَها على الملك ، نقل عن **الشافعي** قبول الشهادة[(٢)] ، ثم أخذ ينظم قولين ويختار أحدَهما .

وهو مأخوذ عليه ؛ فإن النص الأول في ادعاء الملتقط الملك فيمن التقطه ، وهـٰذا النص الذي حكاه آخراً ، فيه إذا ادعى الملكَ في اللقيط غيرُ الملتقط ، وليس في حق المدعي يد [التقاط][(٣)] ، حتىٰ نحْذَر [استناد][(٤)] الشهادةِ إليها ، [فكانت][(٥)] الشهادة مقبولة على الملك مطلقاً ، من غير تعرض للسبب ، قياساً على البينات الشاهدة على الأملاك ، في سائر الخصومات .

فقد بان غلط **المزني** ، وأنه عَدّ مسألتين مختلفتين مسألةً واحدة ، وقدر فيها اختلاف جوابٍ .

٦١٦٢ـ وإذْ نجز الفصل علىٰ أحسن مساقٍ وترتيب ، فأنا أذكر بعد نجازه طريقةً

---

(١) في نسخة الأصل وحدها : « الملتقط » . وهي صحيحة بفتح القاف ، ولـٰكنا آثرنا المثبت ، قطعاً للاحتمال ، وتفادياً لما يحدث (أحياناً) من خلل في الضبط .

(٢) ر . المختصر : ٣/ ١٣٧ . ونصُّ العبارة المشار إليها : « (وقال) في موضع آخر : إن أقام بينة أنه كان في يده قبل التقاط الملتقط ، أرفقته له .

(قال المزني) : هـٰذا خلاف قوله الأول ، وأولىٰ بالحق عندي من الأول » ا .هـ بنصه من المختصر ، وبالتنسيق نفسه .

(٣) في الأصل : التقاطه .

(٤) في الأصل : استناده . والمثبت من باقي النسخ .

(٥) في الأصل : لكانت . وفي باقي النسخ : وكانت . والمثبت تصرف من المحقق .

لشيخي : كان يقول : إذا ثبت الملك بإقرار المملوك ـ حيث يُقبل إقراره ـ فلا كلام . والتداعي وراء ذلك في تعيين الملك ، فلا حاجة ـ والحالة هـٰذه ـ إلىٰ تعيين السبب .

فأما إذا كان دعوى الملك في معارضة الحرية الأصلية ، فلا بد من إسناد البينة شهادتها إلى الولادة على الملك .

وهـٰذا الذي ذكره ليس بالبعيد ، ويجوز أن يقال : هو معتضدٌ بالنص ، وفحوىٰ كلام الأصحاب ، وهو مخالف لما ذكره **صاحب التقريب** .

ولـٰكن يدخل عليه شيء ، وهو أن ملك الأم الوالدة كيف يطلق ، وهل على الشهود أن يقولوا [إنها][1]ـ أقرت بالملك/ أم يجب في الأم أيضاً إسناد ملكها إلىٰ ولادة ؟ وهـٰذا أمرٌ طويل ، ولهـٰذا أخرت ما ذكره **الشيخ** ، والتعويل على الكلام المقدم . ي ٢٧٤

فصل

قال : « وإذا بلغ اللقيط ، فاشترىٰ ، وباع . . . إلىٰ آخره »[2] .

٦١٦٣ـ مضمون هـٰذا الفصل مشتمل علىٰ بقيةٍ من أحكام الرق والحرية وهو بالإضافة إلىٰ ما تقدم خفي منسوب [إلىٰ جلي][3]، فليعتن[4] الناظر به ، وليستعن بالله تعالىٰ .

ونحن نستفتح الكلام بذكر **ثلاث مراتب** نترجمها، ثم ننعطف علىٰ بيانها : **إحداها ـ** أن يبلغ اللقيط ويقرَّ بالرق لإنسانٍ ابتداء ، من غير أن يتقدم منه إقرارٌ بالحرية ، أو يتقدم منه تصرّفٌ يقتضي الاستبدادُ به الحريةَ .

والمرتبة الثانية ـ أن يبلغ ، فيقرَّ بالحرية ، ثم يُقرّ بعده بالرق لإنسان .

المرتبة الثالثة ـ مضمونها أن يتصرف تصرفاتٍ لا يستبدّ بها إلا حرٌّ ، ثم يُقرّ بعدها بالرق لإنسان .

---

(١) ساقطة من الأصل .

(٢) ر . المختصر : ٣/ ١٣٧ .

(٣) في الأصل : الرجلين .

(٤) (د١) ، (ت٣) : فليعتبر .

فهـٰذه المراتب قواعدُ الفصل .

٦١٦٤ـ ونحن نرجع إلىٰ **أولاها** : فإذا بلغ ، وأقرَّ بالرق ابتداءً لإنسانٍ ، من غير أن يتقدم علىٰ إقراره هـٰذا دعوىٰ حرية أو تصرف . فالمذكور المشهور في الطرق أن إقراره بالرق (١) مقبولٌ .

٦١٦٥ـ وذكر **صاحب التقريب** قولاً آخر : إنه لا يُقبل إقراره بالرق علىٰ نفسه (١) ؛ فإن الدار حكمت له بالحرية ، فلا يُنقض مقتضى الدار إلا ببيّنةٍ ، وشبّه **صاحب التقريب** الحريةَ المحكومَ بها بظاهر الدار مع الإقرار بالرق بعدها ، بالإسلام الحاصل بتبعيّة الدار ، ثم اللقيط إذا بلغ وأعرب عن نفسه بالكفر ، ففي أصحابنا من نقل قولاً : إنه يحكم بردّته ، ولا يُنقض الأصل السابق تبيّناً ، فكذلك وجب : ألا تُنقض الحريةُ .

غير أن المسلم يُتصور منه أن يرتدّ ، والحرّ الأصلي لا يتصور منه أن يُرِقَّ نفسه .

٦١٦٦ـ فإن قلنا : لا يُقبل إقراره بالرق في هـٰذه المرتبة ، فلا كلام .

وإن قلنا : يقبل إقراره بالرق ـ وهو الأصح الظاهر ـ فيتوصّل من هـٰذا المنتهىٰ إلىٰ ذكر **المرتبة الثانية** ـ [وهي إذا](٢) زعم أولاً أنه حرٌّ بعد بلوغه ، ثم أقرّ بالرق بعد ما سبق منه الاعتراف بالحرية .

فالذي قطع به **العراقيون** أن إقراره بالرق لا يقبل بعد ذلك قولاً واحداً ، فإن الحكم الظاهر بحريته في صباه تأيّد ، وتأكّد بإعرابه عن نفسه بعد بلوغه بالحرية ، فإذا أراد أن يناقض ذلك ، كان كما لو بلغ اللقيط ، فأعرب عن نفسه بالإسلام ، ثم أعرب بعده بالكفر ، ولو فعل ذلك ، كان مرتداً قولاً واحداً جانياً على الإسلام ، والفرقُ بين البابين أن الجناية على الإسلام بالردة ممكنة ، وخرمُ الحرية بعد ثبوتها وتأكدها(٣) غيرُ ممكن .

وهـٰذه الطريقة هي التي صححها **القاضي** ، وذكر أنها المذهب .

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (ت٣) .
(٢) في الأصل : فإذا زعم .
(٣) في غير نسخة الأصل : وتمكنها .

ش ٢٧٤ ٦١٦٧ـ وقطع **الصيدلاني** القول بقبول الإقرار بالرق/ بعد تقدم الاعتراف بالحرية ، وشبه هـٰذا بما لو ادّعى الزوج الرجعة وأنكرت المرأة مصادفتها العدة ، علىٰ صيغةٍ تقتضي تصديقَها ، كما سيأتي تفصيل ذلك في كتاب الرجعة ـ إن شاء الله تعالىٰ ـ فإذا جعلنا القول قولَها ، وحلفت ، وانتجزت الخصومة ، ثم عادت ، فاعترفت بتصديق زوجها ، فالرجعة ثبتت .

وهـٰذا الوجه الضعيف ذكره **القاضي** وزيّفه ، وزعم أن ناصره يقول : إقراره بالحرية ، ثم إقراره بالرق بعدها ، بمثابة ما لو أقر بكون الشيء ملكاً له ، وعزاه إلىٰ نفسه وادّعاه ، ثم أقر به لإنسانٍ من غير أن يتخلل بين الإقرارين ما يتضمن نقل الملك ، فإقراره لذلك الإنسان مقبول .

وهـٰذا الاستشهاد ضعيف ؛ فإن الحرية إذا ثبتت ، فلا سبيل إلىٰ رفعها ، ولله في استقرارها حقٌّ ، وفي الإقرار بها تعرُّضٌ لالتزام حقوقٍ تقتضيها الحريةُ لله ، وللعباد .

وأما ما استشهد به **الصيدلاني** ، فلنا في تلك المسألة من الرجعة نظر أولاً [كما](١) سيأتي، إن شاء الله تعالىٰ.

ثم ليست الحرية بمثابتها ؛ فإن اللقيط إذا بلغ ، وأقر بالحرية ، فقد وافق إقرارُه بها حريةً اقتضتها الدار ، كما تقدم ، فلا سبيل إلىٰ نقضها بعد ثبوتها ظاهراً ، وإقراراً .

هـٰذا بيان الحكم في هاتين المرتبتين .

٦١٦٨ـ فأمّا بيان **المرتبة الثالثة** ـ وهي ألا يصدر من بعد البلوغ إقرارٌ برقٍّ ، ولا حرية ، ولـٰكنه تصرّف تصرفاتٍ يقتضي نفوذُها الحريةَ ، فنكح ، وأصدق ، وباعَ ، واشترىٰ ، ثم إنه بعدها أقر بالرق ، فكيف السبيل ؟

الوجه في افتتاح الكلام أن نقول : إن رددنا إقراره في المرتبة الأولىٰ ، وصرنا إلىٰ أن الرق لا يثبت أصلاً إلا ببينة ، فلا حكم لإقراره بالرق ، وهو كلام لاغٍ مطّرح ، ولا يرد علىٰ هـٰذا إلا مسألة وهي إذا نكح ، ثم أقر بالرق فإقراره اعتراف منه بأن التي نكحها محرّمةٌ عليه ، فيستحيل أن نحلّها له ، وهو يزعم أنها محرمة ، وصدقُه في

(١) سقطت من الأصل .

الإقرار بالرق ممكن ، وهـٰذا يضاهي ما لو أقرّ أحد الابنين الوارثين بنسب بنتٍ ، فالمذهب الظاهر أن إقراره مردود ولا يثبت النسب ، ولا الإرث ظاهراً وباطناً ، ولـٰكن التي أقر لها بالأخوّة محرمةٌ عليه ، وإن كان أصل إقراره مردوداً ، فهـٰذه المسألة فيما نحن فيه ملحقةٌ بتلك .

٦١٦٩ـ وإن فرعنا علىٰ أنه لو أقرّ بالرق بعد البلوغ ، قُبل إقراره ـ وهـٰذا طريق الأصحاب ، والمسلك المشهور ـ فعليه نخرِّج المرتبة الثالثة ، ولا نعود إلىٰ ما ذكره **صاحب التقريب** في المرتبة الأولىٰ ، فنقول :

٦١٧٠ـ إذا أقر بالرق بعد تصرفاتٍ ، فأصل إقراره بالرق مقبول ، ولـٰكن اختلف قول **الشافعي** في تفصيل القبول : **فأحد القولين** ـ أنه يقبل إقراره عموماً في الماضي ، والحال/ ، والمستقبل ، وفيما له وعليه ، وفيما يتضمن إلحاقَ ضررٍ بغيره . ٢٧٥ ي

والقول الثاني ـ أنه لا يقبل إقراره على العموم ، بل يقال : هو مقبول فيما عليه .

ثم اختلفت الطرق ، ففي بعضها أن إقراره يقبل في المستقبل عموماً فيما له وعليه ، ويقبل إقراره فيما مضىٰ ، وسبق ، فيما هو عليه ، ولا يقبل إقراره فيما يتضمن إبطال حقٍّ لغيره .

ومن أصحابنا من طرد هـٰذا القولَ علىٰ هـٰذا التفصيل في المستقبل والماضي ، وقال : لا يقبل إقراره فيما يتضمن إلحاق ضررٍ بغيره ويستوي فيه الماضي والمستقبل .

وإذا جمعنا الأقوال من غير التفاتٍ إلىٰ ما ذكره **صاحب التقريب** ، كان حاصلها **ثلاثة أقوال** :

٦١٧١ـ **أحدها** ـ أن إقراره بالرق مقبول عموماً ، فيما له وعليه ، وفيما يضر بالغير ، وفيما لا يضر ، من غير فرق بين السَّابق واللاحق ، والماضي والمستقبل .

والقول الثاني ـ أن إقراره مقبول فيما عليه ، ولا يقبل قوله في إبطال حق غيره ، ويستوي فيه الماضي والمستقبل .

والقول الثالث ـ أنه يقبل إقراره عموماً في المستقبل فيما لهُ وعليه ، ولا يقبل فيما

سبق ومضىٰ ، إذا تضمن إضراراً بغيره ، ويقبل إقراره فيما هو عليه إذا لم يضر بغيره فيما مضىٰ .

هـٰذا بيان الأقوال .

٦١٧٢ـ **توجيهها** : من قال بقبول إقراره عموماً ، احتج بأن أصل الرق قد ثبت ، والمقر غيرُ متهم ؛ فإن العاقل لا يورّط نفسه في أسر الرق وضبطه[1] المؤبّد ، ليضرّ بغيره ، وإذا انتفت التهمة ، نفذ الإقرارُ ، وإن كان يؤدي نفوذُه إلى الإضرار بحق الغير ، وهـٰذا بمثابة ما لو أقر العبدُ بجنايةٍ ، توجب القصاصَ عليه ؛ فإن إقراره مقبول ، والقصاصُ واجب .

وهـٰذا القول الذي ننصره يضاهي ما لو أقر العبد بسرقة نصاب ؛ فإن أصل إقراره مقبول ، والقطع متوجه ، وفي قبول إقراره بأخذ المال قولان .

ووجه قول من يبعّض حكم إقراره عموماً في الماضي والمستقبل أن التعرض لإبطال حق الغير لا وجه له ، والعقوبات مستثناة عن هـٰذه القاعدة ؛ فإنه لا يهجم على التزامها لقصد الإضرار بالغير عاقل .

ومن فصل بين الماضي والمستقبل ، قال : إذا قبلنا الإقرار بالرق ، فيستحيل تبعيض حكمه في مستقبل الزمان ، فأمَّا ما تقدم على الإقرار ، فقد يتجه فيه التبعيض والتجزئة تخريجاً علىٰ ما مهدناه .

وهـٰذه الأقاويل مجملة يفصّلها التفاريع ، ونحن نأتي بها ، ونفصلها مسألة مسألة ، ونخرّج كل واحدة على الأقاويل، إن شاء الله تعالىٰ .

فنقول :

٦١٧٣ـ اللقيطة إذا بلغت ، ونكحت بناء على الحرية ، ثم اعترفت بأنها رقيقةُ فلانٍ ، وصدقها المقرُّ له بالرق .

فهـٰذا نخرّجه على الأقوال ، فإن قلنا : يقبل إقراره عموماً من غير تبعيض ، فنحكم برقها ، ونتبين أنها نكحت/ من غير إذن مولاها ، ونقضي بأن النكاح فاسد . ش ٢٧٥

---

(١) «وضبطه»: بمعنى حبسه .

فإن لم يكن دخل الزوج بها ، فلا نصفَ مهرٍ ، ولا متعة ، و[إن][(١)] كان دخل بها ، فعليه مهر المثل للسيد المقَرُّ له بالرق .

وإن كانت ولدت منه أولاداً ، فأولاده منها أحرارٌ ؛ فإنها أتت بهم والزوج على اعتقاد الحرية فيها ، ويلزمه قيمتُهم للسيّد حين سقطوا وانفصلوا .

وأما العدّة ، فقد قال الأصحاب : لا يلزمها عدة ، ولـٰكنها تستبرىء بقُرء ؛ لمكان الوطء .

قال **القاضي** : الصحيح أنها تؤمر بأن تعتد بقرأين ؛ فإن عدة الأمة بعد ارتفاع النكاح الصحيح قرءان ، ونكاح الشبهة في حُرماته بمثابة النكاح الصحيح ، فلتعتدّ بقرأين .

وهـٰذا التردد للأصحاب يجب اطراده في كل نكاح بشبهة علىٰ أمةٍ ، ولـٰكن الذي ذكره **القاضي** أن هـٰذا من قول الأصحاب يختص بهـٰذه الصورة ، والاعتداد بالقرأين متفق عليه في غيرها من الأنكحة الفاسدة المعقودة على الأمة بالشبهة ، ولا فرق عندنا .

وإن تخيل متخيل في هـٰذه الصورة أن سبب الاكتفاء بالقرء الواحد أنا نقبل إقرارها عموماً ، ونستأصل أثر الحرية بالكلية ، ولا يبقىٰ لتصرفها أثر ، فيلزم علىٰ مساق ذلك ألا نحكم بحرية الأولاد ، أو [نشبب][(٢)] بخلاف فيها ، وقد أجمع الأصحاب علىٰ حرية الأولاد كما ذكرناه .

وكان **شيخي** لا يذكر هـٰذا الاختلاف ، ويقطع بأنّها تعتد بقرأين .

هـٰذا تفريع علىٰ قولنا بقبول الإقرار عموماً .

٦١٧٤ـ وإن قلنا : يُبعَّضُ الإقرار ؛ فيقبل فيما عليها دون ما لَها ؛ فنحكم علىٰ هـٰذا

---

(١) في الأصل : فإن .

(٢) في الأصل حرّفت إلىٰ : نشبت ، وكذلك حرفت في (د١) إلىٰ نتشبت ، و(ت٣) ، (ت٢) : حرفت أيضاً إلىٰ نحو ذلك . والمثبت تقدير منا علىٰ ضوء المعهود من ألفاظ الإمام في مثل هـٰذا السياق .

القول برقها[١] أولاً ، ولا نحكم بانفساخ النكاح في المستقبل ، ولا بفساده فيما مضىٰ ، وإن[٢] فرقنا بين الماضي والمستقبل ؛ فإنا إذا التزمنا إلزام النكاح فيما مضىٰ فنلتزم الوفاء بحكم الصحة ، ونجعل كأن النكاح في حكم المستوفى المقبوض فيما تقدم ، ولهـٰذا نظائر من النكاح لا تخفىٰ على الفقيه ، وعلىٰ هـٰذه القاعدة بنينا مذهبنا في أن الحرّ إذا وجد الطَّوْل بعد نكاح الأمة ، لم نقض بارتفاع النكاح .

هـٰذا حكمنا في أصل النكاح .

ثم الكلام بعد ذلك في المهر .

قال الأئمة : على الزوج أقلُّ الأمرين من المسمَّىٰ ومهر المثل ، فإن كان مهر المثل أقلَّ الأمرين ، فالسيّد المقَرُّ له لا يدّعي غيره ، وإن كان المسمىٰ أقل ، فإلزام الزوج أكثرَ منه إضرارٌ به ، وقد ذكرنا أنا لا نضر بالغير للإقرار بالرق .

فإن قيل : حطّكم من مهر المثل إضرار بالسيّد المقر له ، قلنا : هـٰذا حكم الرق ، وإنما نُثبت الرقَّ بالإقرار ، ونحن نتوقى الإضرارَ بالغير .

فليتثبت الناظر في هـٰذا المقام ، فلا شك فيما ذكره الأصحاب . وما يفرض فيه من سؤالٍ[٣] خيالٌ لا حاصل له .

٦١٧٥ـ والأولاد الذين أتت بهم قبل الإقرار أحرار ، وليس على الزوج قيمتهم للسيّد المقر له ؛ فإنا لو ألزمناه ذلك ، كنا مضرّين به/ لإقرارها . ي ٢٧٦

ولـٰكن لو استمر على النكاح ، فالأولاد الذين تأتي بهم في المستقبل أرقاء [قطع][٤] الأصحاب بهـٰذا أقوالَهم .

---

(١) (د١) ، (ت٣) : بإقرارها .

(٢) قوله : « وإن فرقنا بين الماضي والمستقبل » معناه : سواء فرقنا بين الماضي والمستقبل ، أو لم نفرق . وهو واضح بشيء من التأمل . وانظر المسألة بكل تفاصيلها عند الرافعي . (فتح العزيز : ٦/ ٤٣١ ، ٤٣٢) .

(٣) سؤال : أي اعتراض كما هو واضح ، فالسائل ، ويسمىٰ أيضاً المستدلّ ، منصب من مناصب الجدل، وهو المعترض (راجع رسالة الآداب للشيخ محمد محيي الدين عبد الحميد ص٦٣) .

(٤) في الأصل : جمع .

فإن قيل : هلا قلتم : إن الأولاد أحرار ، إذاً[١] فرعتم على اجتناب الإضرار في الماضي والمستقبل ، كما أنكم بقَّيتم النكاح في المستقبل ، فقولوا : يبقى النكاح له في المستقبل علىٰ حكمه فيما مضىٰ ، وإرقاقُ أولاده إضرار به ؟

قلنا : ما ذكره الأصحاب ظاهرٌ إذا عممنا قبولَ الإقرار في المستقبل من غير تفصيل . فإن قلنا بالتفصيل في الماضي والمستقبل ، والتزمنا اجتناب الإضرار، فالمسألة محتمِلةٌ[٢] .

ظاهرُ كلام الأصحاب ما ذكرناه ؛ لأن الأولاد الذين يحدثون في مستقبل الزمان متجددون ، وأمرهم يشابه استفتاح تصرف بعد الإقرار بالرق ؛ فلا ينتظم مع الحكم بالرق ، وعِلْمِ الزوج بأن الرق محكوم به ـ القضاءُ بحريّة الأولاد ، وليس الولد متضمَّن النكاح ولا معقودَه ، وإن كان مقصوداً منه على الجملة ، وليس هـٰذا كحكمنا بدوام النكاح ؛ فإن الحكم بدوامه هو الحكم بصحته أوّلاً ، فمن الوفاء بالصحة الإدامةُ ، وهي المقصودةُ ، والأولاد في المستقبل بخلاف ذلك .

ولست أنكر اتجاه احتمالٍ في حرية الأولاد في المستقبل اتباعاً لحق الزوج ومصيراً إلىٰ أن الأولاد من مقاصد النكاح ، ولا أُبعد أن الأصحاب فرّعوا ما ذكروه من رق الأولاد في المستقبل ، علىٰ تعميم قبول الإقرار في المستقبل ، وردّ التفصيل إلىٰ ما مضىٰ .

وهـٰذا منِّي تنبيه علىٰ كل وجه بعد أن ظهر لي من كلام الأصحاب القطعُ برق الأولاد في المستقبل ، وقد ذكرت وجهه ، والله المستعان .

٦١٧٦ـ فإن أراد الزوج ألا يَرِقّ أولادُها ، فليطلّقها ، وإذا طلقها ، اعتدت بثلاثة أقراء ، وهـٰذا يظهر إذا كان الطلاق رجعيّاً ، فإنّ الرجعية منكوحة ، فإدامة التربص في القرء الثالث من إدامة النكاح ، وإن طلقها زوجها البتة، فبانت ، فالذي قطع به

---

(١) في جميع النسخ : « إذا » . وهي بمعنى (إذ) وهو واردٌ سائغٌ كعكسه، وقد سبق بيان ذلك .
(٢) محتملة أي ذات احتمالين . أحدهما : ـ ظاهر كلام الأصحاب الذي ذكر .
والثاني ـ أيده الإمام بقوله الآتي قريباً : ولست أنكر اتجاه احتمالٍ في حرية الأولاد .

الأصحاب أنها تعتد بثلاثة أقراء ؛ فإنّ ذلك من توابع النكاح . وأمرُ العِدد لا يختلف بكون الطلاق رجعياً أو مُبيناً .

ولو مات الزوج ، فقد قال الشافعي تفريعاً على القول الذي انتهينا إليه : تتربص شهرين ، وخمسةَ أيام ، ورأىٰ عدة الوفاة ، وراء انتهاء[١] النكاح نهايته ، ولم يرها من حق الزوج ، ومَحَّضها تعبداً بخلاف عدة الطلاق . وهي[٢] رقيقةٌ ، فلتعتد عدة الإماء عن وفاة زوجها .

وهـٰذا حسنٌ .

ولم يصر أحد من الأصحاب إلىٰ أنها تعتد عدة الحرائر أربعةَ أشهر وعشراً .

وثار[٣] بعض الفقهاء في هـٰذا المقام ، فقال : لا يجب عدة الوفاة ؛ فإن حظ الزوج قد انقضىٰ ، فلا التفات عليه ، والرق ثابت، فلتعتد بالقرء[٤] .

ثم ينقدح عندي في هـٰذا أنه إن جرىٰ وطءٌ ، فالكلام في القرء الواحد والقرأين علىٰ ما مضىٰ في أول هـٰذا التفريع ، وإن لم يجر وطء أصلاً ، ففي المسألة احتمال : يجوز/ أن يقال : تستبرىء بقرء ، كما إذا اشتُرِيت من امرأة ، أو مجبوب . ويجوز أن يقال : لا استبراء ؛ فإن السيد ينكر ما كان . وما ذكرناه من الحكم بصحة النكاح ظاهرٌ ، وليس أمراً باطناً ولـٰكنَّا [كنا][٥] نرعىٰ حق الزوج في ظاهر الأمر ، فإذا انقضىٰ ، وانقطعت حقوقه، فالسيّد يقول بعد ذلك : لم يكن نكاح قط ، فلا استبراء . ش ٢٧٦

فليتأمل الناظر هـٰذه الفصول .

---

(١) وراء انتهاء النكاح : أي أن عدة الوفاة ليست لحق الزوج الحرّ ، وإنما تكون بعد وفاته ، وهي ليست حقاً للزوج . ولذا تعتد هـٰذه عدة الإماء .

(٢) « وهي رقيقة » . الواو هنا للاستئناف . فالمعنىٰ : ثم هي رقيقة .

(٣) ثار : أي انبعث ، وأنشأ من هـٰذا المقام . والتعبير المعهود هو : وعن هـٰذا ثار رأيٌ بكذا ، أو فلان بكذا .

(٤) « فلتعتد بالقرء » : المراد هنا أنها تستبرىء لمكان الوطء ؛ فهـٰذه ليست عدة وفاة كما تقرر ، وليست عدة طلاق أيضاً ، وأصلاً هي تزعم بطلان النكاح بإقرارها بالرق . (راجع فتح العزيز : ٦/ ٤٣٣) .

(٥) ساقطة من الأصل .

وأسدُّ الطرق وأقطعُها للشغب ما ذكره **الشافعي** رضي الله عنه في الشهرين والخمسة الأيام ؛ فإن عدة الوفاة من حرمات النكاح ، وإن كان لا يعتبر فيها شغل الرحم . فإذا جرى الحكم بالنكاح ، لزم إثباتُ عدة الوفاة ، ثم لم تثبت العدة الكاملة لما نبهنا عليه .

٦١٧٧ـ ومما أجراه **الشافعي** أنه قال : يملك الزوج عليها ثلاث طلقات . وظاهر [هـٰذا][١] الكلام يشير إلىٰ أن ذلك بسبب كونها حرة في حق الزوج .

ولا حاصل لهـٰذا علىٰ مذهب **الشافعي** ؛ فإن الاعتبار في عدد الطلاق بحرية الزوج ورقّه ، والزوج الحر يملك علىٰ زوجته الأمة ثلاثَ طلقات ، حتىٰ قال الأصحاب : هـٰذا تفريع من **الشافعي** علىٰ مذهب **أبي حنيفة** ، وهـٰذا غير منتظم ؛ فإنّ **الشافعي** لا يفرّع علىٰ مذهبٍ يُبطله ، ولـٰكن الذي ينقدح فيه **أمران** :

أحدهما ـ أنه غفل عن مذهبه في هـٰذا ، وأجرى القياس الذي كان [فيه][٢] .

والآخر ـ أنه أراد أن يبيّن مشكلات هـٰذا الفصل [بالتقدير][٣] والتحقيق ، حتىٰ كأنه قال : لو كان الطلاق يتغيّر برقها وحريتها ، لحكمنا بأن الزوج يملك عليها ثلاث طلقات تحقيقاً لثبوت النكاح ، علىٰ تمام قضاياه .

٦١٧٨ـ وممّا يتصل بهـٰذا الفصل أنا إذا [أَدَمْنا][٤] النكاحَ في المستقبل كما ذكرناه ، فنحكم بأنها تُسلَّم إلى الزوج تسليم الأمة المنكوحة ، حتىٰ يقال : يستخدمها السيد نهاراً ، ويسلّمها إلى الزوج ليلاً ، أم نقول : تسلم إلىٰ زوجها تسليم الحرة ، حتىٰ لا نبالي بتعطل منافعها على السيد المقَرِّ له ؟ ما يقتضيه قياس قول الأصحاب أنا نسلمها إليه تسليم الحرة ، فإنا لو لم نفعل هـٰذا ، لعظم الضرر ، وظهر النقص في عين مقصود النكاح ، ومعقوده .

---

(١) ساقطة من الأصل .
(٢) في الأصل : منه .
(٣) في الأصل : التقرير .
(٤) في الأصل : أثبتنا .

وهـٰذا ينفصل من هـٰذا الوجه عن رقِّ الأولاد في المستقبل ؛ فإن العلوق بالولد أمرٌ موهوم ، لا يجوز أن يُبنىٰ عليه ما ينتجز من الضرر ، ولولا ذلك[1] ، لما جوّزنا للحر الفاقد للطَّوْل أن ينكح أمةً ؛ فإن السعي في إرقاق الولد لا يجوز لشهوات النفوس ، ولـٰكن لما كان ذلك موهوماً ، والحاجةُ ناجزةٌ ، صححنا النكاح .

ويرد علىٰ ما ذكرناه أن الزوج يسافر بها الشرق والغرب ، وهـٰذا مما ترتاع منه نفسُ الفقيه مع الحكم بالرق وتسليط السيد على البيع وغيره من التصرفات ، فليتأمل الناظر ذلك ، فهو منتهىٰ تفريع هـٰذه المسألة .

ي ٢٧٧ ونحن نأخذ الآن في تفريع مسألة أخرىٰ فنقول/ :

٦١٧٩ـ اللقيط إذا نكح بعد البلوغ ، ثم أقر بكونه رقيقاً ، فإن قلنا : الإقرار بالرق مقبول عموماً فيما له وعليه ، فالنكاح مردود من أصله .

فإن لم يكن دخل بها ، فلا شيء لها ، وإن كان قد دخل بها ، فقد قيل : لها مهر المثل .

ثم يتعلق بذمة العبد ، أو برقبته ؟ فيه **وجهان** ، كما لو نكح العبد المعروف بالرق من غير إذن مولاه نكاح شبهة ، فوطىء ووجب المهر ، ففي تعلّقه بالذمة ، أو الرقبة خلاف ، وسبب توهم التعلق بالرقبة تنزيلُ العُقر[2] منزلة أُروش الجنايات ، وفي هـٰذه المسألة وأمثالها بابٌ معقود في كتاب النكاح .

فلو كان المهر المسمّىٰ أقلّ من مهر المثل ، فقد يخطر للفقيه أنها لا تطلب إلا المسمىٰ ؛ لأنها قنعت به ، وليس كما إذا جرىٰ نكاحٌ مشتمل علىٰ مسمىٰ؛ ثم تبيّنا فسادَه قبل الدخول ؛ فإن الرجوع إلىٰ مهر المثل ثَمَّ .

والسبب فيه أنا تحققنا فساد النكاح ظاهراً وباطناً ، وهاهنا نحكم بفساد النكاح لأجل الإقرار حُكماً ظاهراً ، فيجوز أن يقال : هي مؤاخذة بحكم رضاها بالمسمىٰ . ويجوز أن يقال : إنما تؤاخذ برضاها بالمسمىٰ لو بقي النكاح ، والعلم عند الله تعالىٰ .

---

(١) ذلك إشارة إلىٰ أن الولد موهوم . في مقابلة حاجة ناجزة محققة .

(٢) العُقر : بضم المهملة : مهر المرأة إذا وطئت بشبهة .

٦١٨٠ـ فأما إذا فرّعنا علىٰ تبعيض الإقرار ، فيقبل إقراره ، فيما عليه دون ما لَه ، ونحكم بانقطاع النكاح من وقت الإقرار ، لا من أصله .

ثم إن لم يكن دخل بها ، فعليه نصفُ المسمىٰ كما لو طلقها . وإن كان دخل بها ، فلها جميع المسمىٰ ، وليس لها إلا المسمّىٰ ، حتىٰ لو كان مهرُ مثلها أكثرَ ، فلا مطمع لها فيه ؛ لأنا علىٰ هـٰذا القول لاَ نُسند ارتفاع النكاح إلىٰ ما مضىٰ .

ثم هـٰذا المسمىٰ يتعلق بكسب العبد إن كان له كسب ، ونجعل كأن عبداً نكح بإذن مولاه .

وإن لم يكن له كسب ، فلا تعلق للمهر إلا بذمة العبد ، كما لو نكح بإذن المولىٰ ، ولم يكن كسوباً ، ولا يخفىٰ أن القول **القديم** في دخول السيد في ضمان المهر والنفقة لا يخرّج هاهنا ؛ فإن ذلك القول علىٰ ضعفه مبناه علىٰ صدور الإذن من السيد تحقيقاً ، وهـٰذا المعنىٰ مفقود هاهنا .

٦١٨١ـ ومما نفرعه علىٰ ذلك : البيعُ والشراء فنقول : إذا بلغ اللقيط ، وباع ، واشترىٰ ، ثم أقر بالرق ، فإن لم نبعض الإقرار ، فالتصرفات كلُّها فاسدة ، وأعيان الأموال مستردّة ، وما صودف تحت يد اللقيط ، فهو ملك المقَرّ له بالرق ، وإن تلفت الأعيان في أيدي من قبضها ، ضمن قيمتها ، وإن حصلت في يده بالشراء أعيانُ أموالِ الناس رُدت علىٰ ملاكها ، وإن تلف في يده شيء منها ، فالضمان متعلق بذمته ؛ فإن عهدة المعاملة الجارية بغير إذن المولىٰ لا تتعلق إلا بذمّة العبد .

ولو قال من عامله: حسبته حراً ، لم يختلف الحكم بحسبانه بعدما نفذ الإقرار عموماً .

٦١٨٢ـ وإن قلنا : يتبعض الإقرار ، فلا ينقض شراؤه وبيعه ، وما اشتراه يؤدّي ثمنه مما في يديه ؛ نص **الشافعي** عليه ، ولا نقول : ما في يده يسلّم إلى المقر له بالرق ، وتتعلق الأثمان بذمته/ ، ولـٰكنا نجعله كعبد مأذونٍ له ، يشتري وفي يده الأموال . ٢٧٧ ش
هـٰذا هو الذي يقتضيه الإنصاف ، فإن لم نصادف في يده شيئاً ، فيتعلق الثمن بذمته حينئذٍ .

٦١٨٣ـ ومما نفرّعه أنه إذا جنىٰ ، ثم أقر بالرق ، فإن كانت الجناية موجبةً للقود ، فعليه القصاص ، وإن كانت موجبة للمال ، تعلق الأرش بالرقبة ؛ فإن العبد المعروفَ بالرق إذا جنىٰ هـٰكذا حُكمُه .

وإن جُني عليه ، فإن كان الجاني عبداً ، فعليه القصاص إن كان عمداً ، وإن كان حراً ، سقط القصاص ، والنظر في الأرش ؛ فإن كان قطعَ يدَ اللقيط ، ثم أقر بالرق ، فإن كان نصفُ اليد ونصفُ القيمة سواء ، فذاك ، وإن كان نصف القيمة أقل من نصف الدية ، فليس على الجاني إلا نصفُ القيمة ؛ فإن السيد لا يطلب إلا هـٰذا ، وقد استقر الرق له .

وإن كان نصفُ الدية أقلَّ من نصف القيمة ، فهـٰذا يُبتنىٰ علىٰ تبعيض الإقرار ، فإن حكمنا بالإقرار عموماً ، وجب على الجاني نصفُ القيمة ، وإن زاد علىٰ نصف الدية .

وإن فرعنا علىٰ تبعيض الإقرار ، ففي الأخذ بنصف القيمة إضرار بالجاني ، وفي الأخذ بنصف الدية [نقصٌ من حق الرق ، وفيه إضرار بالسيد المقر له][1] ، فما الذي نعتبره ؟ اختلف أصحابنا في المسألة : فمنهم من قال : يغلّظ على الجاني ؛ فإن أرش الجناية يبين مقداره بالأَخَرة ، وقد بان أنه جانٍ علىٰ رقيق ، وثبت الرق قطعاً .

ومن أصحابنا من قال : لا يجب على الجاني إلا نصفُ الدية ، وهـٰذا هو الأقيس والأصح ؛ فإن الجناية جرت قبل ثبوت الرق ، فيبعد أن نعطف من ثبوت الرق مزيد غُرم على الجاني قبل ظهور الرق .

فإن قال السيد : نقصتم من حقي ؟ قلنا له : هـٰذا بمثابة إدامَتِنا النكاحَ على اللقيطة إذا أقرت بالرق .

وقد نجز تمام المراد في التفريع على الأقوال . ونحن نرسم بعد ذلك فروعاً متعلقة بما مضىٰ .

فَرْعٌ : ٦١٨٤ـ ما ذكرناه مفصلاً مفرّعاً فيه إذا أقر اللقيط بالرق لإنسان فصدّقه المقَرُّ له ، أو ادّعىٰ إنسان رقَّه ، فاعترف .

---

(١) عبارة الأصل وحدها : « إضرارٌ بحق السيد ، ونقص من حق الرق فيه » .

فأمّا إذا أقر بالرق لواحدٍ ، فكذبه المقرّ له ، فلو أقر بالرق لآخر ، فهل يُقبل إقراره الثاني ؟ قال **الشافعي** فيما حكاه **العراقيون** : لا يُقبل إقراره الثاني أصلاً ؛ فإنّا حكمنا بعتقه لما رَدّ إقرارَه ، وكأن العبد رجع إلىٰ يد نفسه ـ لو قدرنا الرق ـ وحكمُ ذلك العتقُ ، وليس هـٰذا عتقاً على التحقيق يُعقب ولاءً ، وإنما هو تقديرٌ أطلقناه .

وقال **ابن سريج** يقبل إقراره للثاني ، كما [لو][1] أقرّ بثوبٍ لواحدٍ ، فردّه ، ثم أقر به لآخر .

وفيما استشهد به **ابن سريج** نظرٌ ، وترددٌ للأصحاب ، ذكرناه في **كتاب الأقارير** . علىٰ أن الفرق ظاهرٌ ؛ فإن الثوب لا يفرضُ إلا مملوكاً ، وأما الحرية ، فإنها الأصل في بني آدم ، وفي حصولها حقٌّ لله تعالىٰ ؛ فإن حقوق الله تعالىٰ تكثر على الأحرار ، وفي ردّ الحرية ردُّها .

٦١٨٥ـ ومما يتفرع علىٰ هـٰذا المنتهىٰ ، أنا إذا ردَدْنا إقراره للثاني ، فلو ادّعىٰ مدَّعٍ عليه الرقَّ ، / [فلا][2] تُقبل دعواه من غير بينة . [و][3] هـٰذا علىٰ نص **الشافعي** ظاهر ، وليس للمدّعي أن يحلّفه ؛ فإن الحلف يفرض لتوقع الإقرار ، فإذا كان إقراره مردوداً ، فلا معنىٰ للحلف ، ولو قدر نكوله ، لكانت يمين الرد بمثابة الإقرار ، فإذا كان الإقرار مردوداً ، فلا معنىٰ لهـٰذا التقدير .

٢٧٨ ي

فإن ذهب ذاهب إلىٰ أن يمين الرد بمثابة البيّنة ، فقد يرى التحليف لتقدير النكول ، حتىٰ إذا فرض النكول ، أثبتت عليه يمين الرّد . وهـٰذا ضعيف، لما ذكرناه من تعلّق حق الله تعالىٰ بالحرية . والله أعلم .

* * *

---

(١) سقطت من الأصل .

(٢) في الأصل وحدها : هل تقبل دعواه من غير بينة .

(٣) ساقطة من الأصل وحدها .



مُحتوى الكتاب

كتاب إحياء الموات ٢٨١

* * *